

إدارة البحوث



الكفالات البنكية

في

المملكة العربية السعودية

دراسة مقارنة

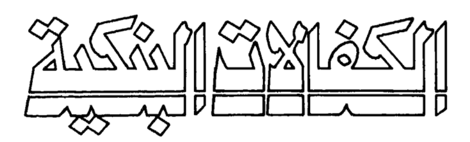
الدكتور عبد المجيد محمد عبوده

أستاذ القانون التجاري المساعد بالمعهد سابقًا





إدارة البحوث



في

المملكة العربية السعودية

دراسة مقارنة

الدكتور عبد المجيد محمد عبوده

أستاذ القانون التجاري المساعد بالمعهد سابقاً

مقدمة

أوجدت علاقات المديونية، منذ العصور القديمة، ضرورة اللجوء إلى تأمينات خاصة تضاف إلى «الضمان العام» (gage Commun) فحق الدائن العام (Chirographaire Creancier) يتعلق، بجانب حقوق بقية الدائنين، بالذمة المالية للمدين عملا بالقاعدة الشرعية والتشريعية القائلة بأن: «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه».[1]

ومؤدى هذه القاعدة أن للمدين حرية التصرف فى أمواله، بحيث يمكنه أن يبيع أو يشتري أو يهب أية عين فى ملكه وهذا التصرف من شأنه أن يؤثر على قوة هذا الضمان العام ويجعله غير مجد، خاصة إذا كان قصد المدين من هذه التصرفات تهريب بعض الأعيان وبالتالي الإضرار بحقوق دائنيه. ولمواجهة هذه المخاطر، أوردت العديد من

---

(١) وردت قاعدة الضمان العام فى القرآن الكريم (سورة النساء، الآية ١١) فى قوله تعالى: (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأ بو يه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له اخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين أباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما) انظر أيضا الآية ١٢ من نفس السورة. وورد أيضا هذا المبدأ فى السنة، ومن الأقوال الشهيرة للنبي عليه الصلاة والسلام «لا تركة إلا بعد سداد الديون».

ووردت هذه القاعدة فى القوانين الوضعية: الفصل ١٩٢ من مجلة الحقوق العينية التونسية: «مكاسب المدين ضمان لغرمائه ليتحاصصوا ثمنها بينهم مع اعتبار الأسباب القانونية فى تقدم بعضهم على بعض».

والمادة ٣٠٧ من التقنين المدني الكويتي: «١ ـ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ـ ٢ ـ وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون»، وفي نفس المعنى المادة ١/٢٣٤ من التقنين المدني المصري، والمادة ٢٠٩٣ من التقنين المدني الفرنسي:

Art 2093 C. Civ. Fr: "Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence".

التقنينات بعض الوسائل بهدف المحافظة على حقوق الدائنين. وتتمثل هذه الوسائل خاصة فى الدعاوي التشريعية الثلاث أي الدعوى غير المباشرة (L'action Oblique)، والدعوى البوليصية (L'action paulienne) والدعوى الصورية (L'action en déclaration de simulation). [1] وعلى الرغم من وجود هذه الوسائل فقد اتضح، فى الحياة العملية، أنها لا تمنح الدائنين الحماية الكافية.

ولما كان الضمان العام لا يحقق للدائن الحماية الكافية، ظهرت فكرة الضمان الخاص الذى من شأنه أن يطمئن الدائن إلى استيفاء حقه من مدينة، ومن ثم يحقق له الحماية المطلوبة. فعند التزام المدين يطلب منه الدائن تأمينا شخصيا (Surete personnelle) أوعينيا (Surete reelle) ليضمن سداد الدين أو قضاء الالتزام.

والتأمينات الشخصية هي عبارة عن ضم ذمة شخص إلى ذمة المدين فى الوفاء بالدين، فيلتزم هذا الشخص مع المدين، و يكون التزامه التزاما شخصيا يضاف إلى التزام المدين.

وتختلف الآثار المترتبة على ضم ذمة إلى ذمة بحسب الصيغة التى ورد بها. فقد يكون الضم على قدم المساواة، و يترتب عليه تمكين الدائن من الرجوع على أي مدين دون ترتيب أو تمييز بين مدين وآخر، و يتحقق هذا الأثر في تضامن المدينين (Solidarite des créonciers)، وفي الانابة غير الكاملة أو الناقصة (Delégation imparfaite)، وفي الدعوى المباشرة (Action directe). وقد يكون ضم الذمة ضما تابعا لذمة متبوعه اقتضاء لترتيب معين بحيث لا يمكن للدائن أن يرجع على المدين التابع الا بعد الرجوع أولا على المدين الأصلي، و يتحقق هذا الأثر فى الكفالة العادية. أما إذا اقترنت الكفالة بتضامن الكفيل مع المدين الأصلي، فإنه يترتب على ذلك تمكين الدائن من الرجوع على المدين الأصلي أو على المدين التابع أيهما شاء.

---

(١) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة ١٩٧٩، ص١٦

Mazeaud, Leçons de driot civil, TII, 5e Ed, No 1011, 976, 993. TIII No 2.

و يكمن أساس التأمين الشخصي فى تعدد المدينين بالنسبة للدائن، بحث يمكن للدائن أن يباشر حق الضمان العام بالنسبة لعدة مدينين، فإذا أعسر أحدهم كان له في يسار الأخرين ما يضمن له تسديد دينه.

وقد عرف الفقه الإسلامي هذه التأمينات الشخصية متمثلة أساسا فى الكفالة.

وتقابل هذه التأمينات الشخصية التأمينات العينية و وهي عبارة عن تخصيص مال معين أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن بحيث تجعله متقدما على الدائن العادي. فبموجب هذا الحق يكون للدائن - فضلا عن حقه فى الضمان العام على جميع أموال مدينة - حق التقدم (droit de préférence)، وحق التتبع (droit de Suite)، إذ يمكن للدائن تتبع هذا المال فى أي يد تكون و ينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ليستوفي دينه من ثمنه بالأ ولو ية على باقي الدائنين.

ومن أهم هذه التأمينات العينية الرهن[1] وحق الامتياز (Les privilèges).

---

(١) قسم التقنين المدني الفرنسي الرهن (nantissement) إلى قسمين: القسم الأ ول: رهن حيازة و ينقسم إلى رهن حيازة على منقول (gage)، ورهن حيازة على عقار (antichrése).

Art 2071 C. Civ. fr : le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette

Art 2072 C Civ fr : le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse.

ويمنح هذا الرهن للدائن حق الاستغلال.

Art. 2085 C. Civ. fr, Orléans 30 oct. 1963 sur renvoi par civ 26 dec. 1961, D. 1962 p. 381, note Voirin. D 1964, Somm. p. 63

القسم الثاني: رهن دون حيازة (hypotghezye legale) وهذا الرهن إما قانوني (Hypotheqle) أو قضائي (Hypothéque judiciaire) وإما اتفاقي (Hypothéque Conventionnell).

وفي القانون المصري، ينقسم الرهن الى قسمين: أولا: الرهن الرسمي (مادة ١٠٣٠ من التقنين المدني المصري) واعقبه بحق الاختصاص (droit sdaffectation). (مادة ١٠٨٥ التى تنص: «يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينة ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات. ثانياً الرهن الحيازي (مادة ١٠٩٦ تقنين مدني مصري).

وقد عرف الفقه الإسلامي التأمينات العينية، وخاصة منها الرهن الذي عرفه الشافعي بقوله: «جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه» وعرفه الحنابلة بأنه «المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه اذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه» وعرفه المالكية بأنه «شيء متمول يؤخذ من مالكه، توثقا به، فى دين لازم، أو صار إلى اللزوم، أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عينا كالعقار والحيوان والعروض (السلع) أو منفعة، على أن تكون المنفعة مقيدة بزمن أو عمل، وعلى أن تحتسب من الدين. ولا بد أن يكون الدين لازما كثمن مبيع أو بدل قرض، أو قيمة متلف، أو آيلا إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفا من ادعاء ضياع، فيكون الرهن فى القيمة على ما يلزم».[1]

و يستدل على مشروعية الرهن بالكتاب والسنة والإجماع. فقد جاء فى القرآن الكريم قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة)،[2] (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة).[3] وقد اتفق الفقهاء فيما عدا مجاهد او الظاهرية[4] على أن الرهن جائز فى الحضر والسفر وذلك لورود مشروعيته على الإطلاق فى السنة، فالغرض من التخصيص في هذه الآية الكريمة يتمثل في إرشاد الناس إلى وثيقة ميسرة لهم عند عدم وجود كاتب يكتب لهم الدين.

= أما المشرع التونسي فقد أورد تقسيما غير موفق حيث قسم الرهن إلى ثلاثة أقسام: رهن المنقول (الفصول ٢١٠ الى ٢٦٩ من مجلة الحقوق العينية التونسية)، والرهن العقاري (الفصول ٢٧٠ الى ٢٧٢ من نفس المجلة)، والرهن الإتفاقي (الفصول ٢٧٤ الى ٤٧٧ من نفس المجلة).

(١) أورد هذه التعريفات وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق ١٤٠٤هـ-١٩٨٣م، ص١٨٠.

(٢) سورة المدثر، آية ٢٨

(٣) سورة البقرة، آية ٢٨٣

(٤) وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص١٨٢.

أما في السنة، فمما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنهما من «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعا من حديد» وعن أنس قال: «رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا عند يهودي بالمدينة، وأخذ منه شعيرا لأهله»، وعن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «لا يُغْلِقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»، وعقب بعضهم على ذلك فى قولهم: «وغلق الرهن: استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه، أي لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه ولا يستحقه المرتهن إذا لم يفكه فى الوقت المشروط. وفي هذا رد على ما كان فى الجاهلية، من أن المرتهن كان يمتلك الرهن إذا لم يؤد الراهن اليه ما يستحقه فى الوقت المضروب، فأبطله الشارع. والحكمة من تشريع الرهن توثيق الديون، فالرهن يوثق الدين ماليا تسهيلا للقرض. والرهن يفيد الدائن بإعطائه حق الامتياز أو الأفضلية على سائر الديون». [1]

وعلى الرغم من أن التأمينات الشخصية كانت أسبق فى الظهور على التأمينات العينية لما تستدعيه هذه الأخيرة من مفاهيم قانونية متطورة تمكن من التفرقة بين الشيء والحق العيني من جهة وبين مختلف العينية من جهة أخرى، [2] فإن المجتمعات الحديثة تفضل التأمينات العينية على التأمينات الشخصية، وذلك لأن وجود الأخيرة لا يمنع ضمان اعسار المدينين الذين يضمنون دين المدين، وعلى عكس ذلك فإن التأمينات الحديثة تمنح حقا يتعلق بمال معين كما تمنح حق التمتع بهذا المال فى أي يد يكون، واستيفاء الدين من ثمن بيعه بالأفضلية على باقي الدائنين.

وإذا كانت للتأمينات العينية ميزة كبرى تتمثل فى كونها حقا عينيا، فإن التأمينات الشخصية لا تخلو من أية ميزة، فهي تتميز بسهولة التعامل بها خاصة فى حالة عدم وجود المال المراد رهنه أو في حالة عدم الرغبة فى حبسه. وقد أدت هذه الميزة إلى

---

(١) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص

(2) H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civi, TII, Sûretés et publicité Foncière, 1977, p. 9, No 6.

تراجع التأمينات العينية لفائدة التأمينات الشخصية وخاصة فى المجال التجاري، حيث تقوم المعاملات على السرعة والثقة والعلاقات الشخصية، و بذلك توطدت التأمينات الشخصية، و بخاصة الكفالة فى القانون التجاري. ولا سيما بعد رقي نظام البنوك. فقد أخذت الأعراف البنكية واتفاقات الأطراف ـ البنوك وعملائها ـ بهذه التأمينات الشخصية، وعلى وجه الخصوص بالكفالة وأدخلت عليها بعض التعديلات كي تتمشي وطبيعة المعاملات التجارية والبنكية التى تتسم بالسرعة و ببساطة اجراءاتها و بالطابع الشخصي.

وإذا كانت التأمينات العينية قد عرفت فى المجال التجاري والبنكي، فإن التأمينات الشخصية قد هيمنت على هذا المجال.

وعرفت بعض التقنينات المدنية الكفالة بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي إلى الدائن ما التزم به المدين إن لم يؤده» [١].

وجاء تعريف الكفالة فى الفقه الإسلامي عند الحنفية بأنها «ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة مطلقا، أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين فى المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغصوب أو نحوه، فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل و يسقط عن الأصيل»، أما عند المالكية والشافعية والحنابلة فهي «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق أي في الدين فيثبت الدين فى ذمتهما جميعا» [٢]. و بذلك لا يترتب على ثبوت الدين مع

---

(١) الفصل ١٤٧٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وقد جاءت المادة ٧٧٢ من التقنين المدني المصري بهذا التعريف بنفس الصيغة.

وقد عرفت المادة ٧٤٥ من التقنين المدني الكويتي الكفالة فى قولها «الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين فى تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد بأدائه إذا لم يؤده المدين».

وجاء بالمادة ٢٠١١ من التقنين المدني الفرنسي:

"Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur ne satisfait pas lui même".

(٢) أورد هذين التعريفين وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص١٣٠

بقائه فى ذمة الأصيل زيادة حق الدائن، فلا يمكن له أن يستوفي الا قيمة واحدة: اما من الأصيل أو من الكفيل. هذا ولا يمنع ان يثبت الدين فى أكثر من ذمة لأنه من الاعتبارات الشرعية التى تجيز اعتبار الشيء الواحد في ذمتين. وعلى عكس ذلك فإنه من الممتنع ثبوت عين فى زمن واحد فى ظرفين حقيقيين.

أما بالنسبة للحنفية، فإن الدين وإن أمكن اعتباره فى ذمتين، فإنه لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب، و يرون أنه فى هذه الحالة لا وجود للموجب، فالتوثيق بالدين يحصل بثبوت حق المطالبة، ثم إن الكفالة، وإن كانت تصح بالمال فهي تصح بالنفس، مع العلم بأنه لا يوجد دين فى هذه الحالة الأخيرة، فالمضمون هو إحضار المكفول به، ولذلك تصح الكفالة بالأعيان المضمونة، ولهذه الأسباب، وحتى يشمل التعريف كل أنواع الكفالة جاء مطلقا يفيد ثبوت حق المطالبة، ولو اقتصر التعريف على الضم فى الدين فإنه يعني الكفالة بالمال فقط.[1]

والى جانب هذا الاختلاف، فقد اتفق الفقهاء على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الأصيل بدليل الاتفاق على امكانية اعتبار الدين فى ذمتين.

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والإجماع.[2]

فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: (ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذا يختصمون)[3]، (إذ

---

(١) انظر في تعريف الكفالة واختلاف الفقهاء: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها - وأيضاً: عبدالرحمن الجزيري، الجزء الثاني من كتاب فى الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الخامسة، ص ٢٢١ وما بعدها.

(٢) د. عيسى عبده، **العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة**، بحث مقدم الى المؤتمر الإسلامي المنعقد بمدينة الرياض فى ذي القعدة ١٣٩٦هـ - نوفمبر ١٩٧٦م، بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، القاهرة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ص ٩١ ومابعدها.

(٣) سورة آل عمران، الآية ٤٣.

تمشى أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله، فرجعناك إلى أمك كي تقر عينها ولا تحزن).[1] (وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون)،[2] (وان هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلنيها وعزني فى الخطاب)[3]، (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون)[4]، (وكفلها زكريا)[5]، (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم). [6]

أما في السنة،[8] فقوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» رواه أبو داود والترمذي وحسنه ابن حبان. وجاء فى صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل ليصلي عليه فقال: «هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم هما ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله» فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم. وأخرجه البخاري وأحمد والنسائي وابن حبان عن سلمة بن الأكوع، ورى أحمد وأصحاب السنن إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة وصححه الترمذي وقال فيه النسائي وابن ماجة فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به»، وهذا صريح فى الإنشاء لا يحتمل الإخبار بما مضى. وروى القصة أيضا أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والدار قطني، والحاكم عن جابر بن عبدالله. وفي موضوع القصة روى الدار قطني والبيهقي حديثا عن أبي سعيد الخدري بأسانيد ضعيفة، وفي موضوعها أيضا روى البزار ورجاله ورجال الصحيح حديثا عن أبي

(١) سورة طه، الآية ٢٩.

(٢) سورة القصص، الآية ١٢.

(٣) سورة ص، الآية ٢٣.

(٤) سورة النحل، الآية ٩١.

(٥) سورة آل عمران، الآية ٣٧، ومعنى الآية أن زكريا ضمها إلى نفسه ليعولها و يقوم بتربيتها.

(٦) سورة يوسف، الآية ٧٢.

(٧) نقلا عن وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ١٣١.

هريرة، ورواية القصة بأن الدين كان درهمين وأن الكفيل كان عليا بن ابي طالب، وهذه الرواية ضعيفة كما قال ابن حجر.

وقد أجمع علماء المسلمين على امكانية الكفالة وجوازها، فهي عمل يثاب عليه إذا كان بنية حسنة، وذلك برغم ما ذهب اليه البعض من قول بأن الكفالة[1] : «أولها شهامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة»، فالكفيل بعد أن يمنح الكفالة يلوم نفسه أو يلومه الناس ومن ثم يبدأ فى الندامة، وعند المطالبة بالمال فإنه يغرم.

وبهذا المفهوم يكون للكفالة بعض الخصائص :

أولا - لما كانت الكفالة من الأعمال التى يثاب عليها الكفيل، فعادة يتبرع الكفيل بكفالته للمدين، وبالتالى تكون الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل، فهو يلتزم دون مقابل. وتكون صفة التبرع فى طبيعة عقد الكفالة ولا تكون عنصرا فيه، لذلك يمكن للكفيل أن يقدم مقابلا لكفالة الدين، ومن ثم يصبح عقد الكفالة عقد معاوضة، وهذا ما يحدث عادة فى المجال التجارى وعلى وجه الخصوص فى المجال البنكى، حيث يتقاضى البنك مقابلا من المدين فى نظير كفالته.

وقد تتخذ الكفالة شكلا خاصا، بحيث يضمن الكفيل بأن المدين موسر، و يلتزم الدائن بدفع مقابل هذه الكفالة، وفي حالة اعسار المدين يدفع الكفيل تعويضا للدائن عن هذا الاعسار، ومقابل هذا الضمان الذي يحصل عليه الدائن بدفع هذا الأخير مقابلا للكفيل، وفي هذه الحالة ذهب الفقه[2] إلى أنه يسقط عن العقد تكييف الكفالة و ينقلب الى عقد تأمين وبالتالي يصبح العقد عقدا أصليا ولا تبعيا وذلك على خلاف الكفالة.

ثانيا - إذا كانت الكفالة فى الأصل عقدا من عقود التبرع. فهي تعتبر تصرفا مدنيا حيث فى حالة كون التزام المكفول به تجاريا، أو فى حالة كون الكفيل تاجرا، إذ يقوم

(١) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص١٣١

(٢) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٣٥.

الكفيل بهذ العمل تبرعاً أي دون قصد الكسب أو الربح ، و بذلك ينتفي عن هذا العمل عصر المضاربة.

وقد أخذ الاجتهاد فى بعض البلدان بهذه القاعدة كما قضت بها بعض التقنينات المدنية ، وفي هذا الشأن أقرت محكمة التعقيب الفرنسية[1] منذ سنة 1906م هذه القاعدة عندما اعتبرت أن الكفالة بطبيعتها عقد مدني. وتحتفظ بهذه الصفة المدنية حتى في حالة كون الكفيل تاجرا وفي حالة كون الالتزام المكفول به تجاريا . وقضت المادة ١/٧٧٩ من التقنين المدني المصري بنفس القاعدة فى قولها : «كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا»[2] .

واستثناء من هذه القاعدة، ذهب الفقه[3] فى بعض البلدان إلى اعتبار الكفالة عملا تجاريا إذا كان الكفيل تاجرا وابرم الكفالة بقصد الربح ، أي إذا كانت للكفيل مصلحة تجارية في الكفالة وذلك عملا بنظرية العمل التجاري بالتبعية (Theorie de laccessoire) وقد أخذ بهذا الاتجاه الاجتهاد حيث اعتبر الكفالة عملا تجاريا إذا كانت من ضمن الأعمال التجارية التى يقوم بها الكفيل،[4] أو عندما يكون الدين المضمون دينا تجاريا و يكون للكفيل فى هذه العملية مصلحة مالية دون أن يشترط

(1) Req 21 mai 1906, D. P 1906, I, p. 90 - Civ. 25 octobre 1921, D P. 1925, p. 95 : "Le cautionnement qui est par sa nature un contrat civil, conserve ce caractère alors même qu'il émane d'un commerçant et que l'obligation qu'il a pour objet de garantir est commerciale"

(٢) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء ٣: دار احياء - التراث العربي، ١٩٥٨م، ص٦٧.

ونلاحظ انه لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدني التونسي ولا اللبناني ولا الفرنسي، بينما أخذ بهذه القاعدة كل من التقنين المدني السوري (مادة ٧٤٥) والليبي (مادة ٧٨٨) والعراقي (مادة ١٠١٦).

(3) A. Weill, Droit civil, Les suretés, La publicité foncière, Ed. Dalloz, 1970, p. 20 - Jauffret, observations, Rev. Trim. dr. com. 1967, p. 468. - De Juglart et Ippolito, Traité de droit commercial, tI, no 79 et 83 - H. L. et J. Mazeaud, op. cit, p 18.

(4) Req. 31 janvier 1872, D. P. 1972, I, p. 252, S. 1872, p. 106 - Nancy 6 novembre 1934, D. H. 1935, p. 77 - Besançon 16 mars 1936, D. H. 1936, p. 259.

مساهمة الكفيل بشكل مباشر أو غير مباشر في تجارة المدين،[1] أو عندما تكون الكفالة ناشئة عن توقيع ورقة تجارية،[2] أو عندما تكون صادرة من بنك لمصلحة أحد عملائه نظير عمولة.[3،4]

أما القانون المصري فلم يورد بشكل صريح إلا استثنائين، حيث قضت المادة ٢/٧٧٩ من التقنين المدني بأنه: «على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا» أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية، لم يرد نص نظامي في هذا المجال، ونذهب إلى الأخذ بالقاعدة القائلة بالصفة المدنية للكفالة والى الأخذ بالاستثناءات التى جاء بها الاجتهاد في بعض البلدان تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، وتطبيقا للمادة الثانية/ج من نظام المحكمة التجارية التى تعتبر الكمبيالة من الأعمال التجارية وتطبيقا للمادة ١٣ من نظام السجل التجاري[5] التى تعتبر تاجرا كل من يشتغل بأعمال البنوك.

(1) Douai 11 décembre 1930, GP. 1931, I. p. 208 - Trib. Com. Nice 27 mars 1964, GP. 1964, II, p. 146 - Com. 7 juillet 1969, D 1970, p. 14 - Com. 10 Fevrior 1971, D 1971, p. 605 - Com. 17 octobre 1977, GP 1978, I, Som., p. 34.

(2) Dijon 19 avril 1929, D. H. 1929 p. 322.

(3) Toulouse 23 Janvier 1868, S. 1868, II, p. 36.

(٤) وقد كتب في هذا الشأن أحد الفقهاء:

A. Weill, op. cit, p. 20 : "Toutefois le contrat de cautionnement devient commercial par la théorie de l'accessoire, quand le cautionnement s'insère dans les opérations commerciales de la caution. Le cautionnement aura également le caractère commercial lorsque la dette garantie est de nature commerciale et que la caution trouve dans l'opération un intérêt personnel d'ordre patrimonial sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que la caution participe directement ou indirectement aux résultats du commerce du débiteur.

Par ailleurs le caractéve commercial du cautionnement n'est pas douteux s'il s'incorpore en un effet de commerce ou en une opération de banque. Enfin, on s'accorde à considérer que le cautionnement bien qu'il soit civil pour la caution, sera commercial au regard du créancier dont la créance est commerciale.

(٥) المادة ٢ من نظام المحكمة التجارية: «يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هوآت:...

ج - كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها»

وسندات الحوالة عملا بالفصل السادس من الباب الأول من نظام المحكمة التجارية، هي السفاتج المعبر عنها بالبوليصة والكمبيالة المتداولة بين التجار.

ثالثا - لما كانت الكفالة عقدا يلتزم بمقتضاه الكفيل قبل الدائن بوفاء الالتزام إذا لم يف به المدين، اى عقدا يضم بمقتضاه شخص إلى ذمته إلى ذمة المدين فى تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد بأدائه إذا لم يؤده المدين، و بشكل أعم، لما كانت الكفالة ضم ذمة الضامن من إلى ذمة المضمون فى الدين، فإنها عقد تابع، إذا أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلي.

وتترتب على هذه الصفة الآثار الآتية:

١ - يكون التزام الكفيل مثل التزام المكفول: فلا يجوز أن يكون أشد عبئا من التزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون.

٢ - يتبع التزام الكفيل التزام المدين الأصلي فى صحته وفي قابليته للفسخ وفي الدفوع التى يدفع بها المدين الأصلي.

٣ - ينقضي التزام الكفيل بانقضاء التزام المدين الأصلي.

٤ - لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل.

٥ - تشمل الكفالة ملحقات الالتزام المكفول.[١]

و بالإضافة إلى الدفوع التى تكون للكفيل والمستمدة من دفوع المدين الأصلي، فإن له دفوعا خاصة به مترتبة على الصفة التبعية، بحيث لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي ولا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد أموال المدين الأصلي من أمواله، وذلك إلا إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي.[٢]

---

(١) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٢٦، ص٥٨ وما بعدها.

(2) Art 2021 C. Civ. Français : La caution n'est obligée envers la créancier á le payer qu' à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas, l'effet de son engagement se régle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. =

أما في الفقه الإسلامي، فقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بأحكام الكفالة وخاصة منها براءة الأصيل من الدين، فقد ذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور وابن سيرين والظاهرية والإمامية الى أن الكفالة توجب براءة الأصيل، و بالتالي فإن الحق ينتقل إلى ذمة الكفيل، حيث لا يمكن للدائن أن يطالب الأصيل أصلا كما هو الشأن في الحوالة، وحجتهم في ذلك ما ورد في قصة كفالة أبي قتادة رضي الله عنه لميت، فعندما ضمن أبو قتادة الدينارين قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»، وهذا القول يدل على أن المضمون قد برىء من الضمان.

أما بالنسبة لجمهور الفقهاء فإنهم يرون أن الكفالة لا ترتب براءة الأصيل و يكون للدائن الخيار بين أن يطالب المدين الأصلي أو أن يطالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل، وفي هذا الشأن تجدر الملاحظة في أن الشافعية لم يجيزوا الكفالة بشرط براءة الأصيل، فهذا الشرط يتنافى مع مفهوم الكفالة، حيث أن الكفالة تقتضي ضم ذمة شخص إلى ذمة المدين الأصلي في حق المطالبة أو في حق أصل الدين، و براءة

=

الفصل ١٤٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: لا يترتب عن الكفالة خيار في الطلب إلا إذا اشترط ذلك صراحة. ففي هذه الصورة وفي صورة ما إذا كانت الكفالة من الكفيل عملا تجاريا تجري الأصول المتعلقة بالالتزامات المتضامن فيها المدين

الفصل ١٤٩٦ من نفس المجلة: لا يوجب الطلب لجهة الكفيل قبل ان تظهر المماطلة من المدين.

الفصل ١٤٩٨ من نفس المجلة: إذا طولب الكفيل كان له الحق أن يكلف الدائن بتتبع كسب المدين أولا من منقول أو غير منقول وأن يبين له ما يمكن وضع اليد عليه منها بشرط أن تكون المكاسب بالجمهورية التونسية.

المادة ٧٨٨ من التقنين المدني المصري: ١ ـ لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على الكفيل.

٢ ـ ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق.

أنظر عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٩٨ وما بعدها، وأيضا محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص٨٤ وما بعدها.

الأصيل تتنافى والضم، ثم إذا كانت الكفالة مبرئة، فإنها تتحول إلى حوالة يختلف حكمها عن حكم الكفالة.

وقد ذهب الإمام مالك إلى أنه لا يمكن للدائن أن يطالب الكفيل إلا فى حالة تعذر مطالبة المكفول عنه، وذلك لأن الكفالة وثيقة، ولا يستوفى الحق منها إلا إذا تعذر استيفاؤه من الأصيل، وحجتهم على هذا الحكم ما ورد فى السنة حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله أيضا فى قصة أبي قتادة: «الآن بردت جلدته» حين أخبره أنه قضى دينه. وأما صلاة النبي عليه الصلاة والسلام على المكفول عنه، فلأنه بالضمان صار له وفاء، وامتناع النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة على المديون، فلأنه لم يخلف وفاء، وأما عن قوله: «فك الله رهانك» فلأن المدين كان بحال لا يمكن النبي عليه الصلاة والسلام من الصلاة عليه، فالكفالة فكته من هذا الحال[1].

وعلى ضوء ما تقدم، نتبين أن التأمينات العينية تتميز بأنها تمثل ضمانا على ذات العين المرهونة، و يكون الدائن فى مأمن تام على حقه و يكون على ثقة من الحصول على هذا الحق فى ميعاد الاستحقاق، بينما تتميز الضمانات الشخصية ببساطة اجراءاتها وسرعة التعامل بها.

ولهذه الأسباب فقد جرى العمل فى الحياة المدنية على التعامل أساسا بالتأمينات العينية. أما فى الحياة التجارية، حيث تقتضي المعاملات التجارية السّرعة والثقة فى التعامل، فقد وجدت فى التأمينات الشخصية وعلى وجه الخصوص فى الكفالات ما يتمشى وطبيعة الأعمال التجارية. فالكفالات برغم أنها لا تمنح الضمان الكافي للدائن، إلا أن التعامل بها يمنح ميزة تتمثل فى سهولة التعامل بها، فالكفالة لا تقتضي أي إجراء من الإجراءات المعقدة التى تتطلبها التأمينات العينية وخاصة منها المتعلقة

---

(١) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص١٤٩.

بالعقار، كما يمنح ميزة أخرى تتمثل في عدم وجوب تقديم عين معينة للرهن وفي عدم حبسها لدى الدائن.

ومع رقي النظام البنكي، وتطور الأعمال التى تقوم بها البنوك وتنوعها، أصبح البنك شخصا مليئا، فاستعارت الأعراف البنكية واتفاقات الأطراف، أي البنوك والعملاء، التأمينات الشخصية، وعلى وجه الخصوص الكفالة من القانون المدني، وأدخلت عليها بعض التعديلات حتى تتمشى وطبيعة المعاملات التجارية من جهة، وطبيعة المعاملات البنكية من جهة أخرى.

وهكذا عرفت الكفالات فى المجال البنكي فى شكلها التقليدي، حيث يطلب البنك من العميل تقديم كفيل يضمن القرض الذي سيتم تقديمه من طرف البنك للعميل، وقد يكون البنك كفيلا يضمن عميلا يقوم بإقراضه بنك أو شخص آخر.

وقد ساعد تدخل البنوك فى تمويل المؤسسات والمشروعات فى جعل الالتجاء الى الكفالة شائعا. فطول دورات الإنتاج والتوزيع فى المؤسسة جعل مواردها المالية لا تمكنها من تغطية احتياجاتها المالية التى تضمن سير دوراتها الإنتاجية بشكل جيد، ومن ثم فإنه يصبح من الواجب عليها الالتجاء الى الموارد المالية الخارجية، وبشكل خاص إلى ائتمان البنوك، ويكون هذا التمويل عن طريق البنوك مصحوبا بضمان معين عادة ما يكون كفالة[1]. وفي هذا المجال تطبق القواعد القانونية العامة للكفالة بالاضافة الى مايرد فى اتفاق الأطراف.

وقد تطور نظام هذه الكفالات فى المجال البنكي، وأصبحت للكفالة البنكية أبعاد جديدة أوجدها النظام والقانون والعرف البنكي واتفاق الأطراف. وقد بلغت هذه الأبعاد حدا جعل من مفهوم هذه الكفالات ومن طبيعتها القانونية ومن خصائصها مفهوما يختلف عن مفهوم الكفالة التقليدية وعن طبيعتها القانونية وعن خصائصها.

---

(١) نبيل ابراهيم سعد، **التأمينات العينية والشخصية**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢م، ص ٢٥٠.

Roland Tendler, Le cautionnement, reine éphémère des sûretés, D. 1981, p. 129.

ومن هذه الكفالات البنكية خطاب الضمان (Letler de garanteie) والضمان الاحتياطي (L'aval) والقبول (L'acceptation)، وقد بلغت هذه العمليات من الاختلاف مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأنها لا تعتبر كفالات وإنما تعتبر من عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن مجرد توقيع البنك (Les engagements par Signature)، فبموجب هذه العمليات يحصل المستفيد من توقيع البنك على نفس المزايا كما لو دفع له البنك ومقدما المبلغ المعين من النقود، وبذلك يتحقق غرض المستفيد بحصوله على هذا النوع الخاص من الإئتمان، و يتحقق غرض البنك بتقديمه هذا النوع من الإئتمان دون أن يلتزم بالدفع، على الأقل، في حالة ما إذا سارت الأمور حسب توقعاته، أي إذا لم يطلب المستفيد الوفاء بقيمة خطاب الضمان أو إذا سدد المسحوب عليه قيمة الكمبيالة.

وقد كتب بعض الفقهاء بشأن عدم اعتبار خطاب الضمان كفالة[1]: «إن الالتزام الشخصي تابع لالتزام المكفول الأصلي، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاما تابعا، وعند ذلك لا يكون هذا المسئول كفيلا شخصيا، ولا العقد الذي التزم به عقد كفالة. وعلى ذلك لا يعتبر عقد كفالة ما يأتي: عقد خطاب الضمان حيث يلتزم البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد، عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة...، المدين المتضامن مع مدينين آخرين...، الوكيل بالعمولة الذي يضمن يسار العميل (Convention)...، عقد تأمين يسار المدين (Assurance-Crédit)...، عقد التعهد عن الغير (Promesse pour autrui, Contrat de porte-Fort)...». وان كانت الكفالة والإنابة والتضامن من المفاهيم المدنية التى فرق بينها الشرع والتشريع بشكل واضح فإن عقدي تأمين الضمان (Assurance-Caution) وتأمين يسار المدين (Assurance-Crédit) من العمليات التى أوجدتها الحياة العملية التجارية والتى تقوم

---

(١) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٢١.

بـهـا الـبنوك وشركات التأمين، يتمثل الهدف منها فى تأمين وضمان وفاء، وهنا يكمن وجـه الشبه بين كل من الكفالة والتأمين، فعدم وفاء المدين بالدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤمن. أما الفروق بين العمليتين فهي كبيرة. فالكفيل يتدخل لمساعدة المدين وتمكينه من الحصول على الائتمان و يكون التزامه تابعا لالتزام المكفول، أما المؤمن، فى حالـة تـأمين الضمان، فهو يتدخل لمساعدة الدائن الذى يتقدم للبنك أو لشركة التأمين و يطلب إبرام عقد التأمين لصالح نفسه ضد خطر تخلف المدين عن الوفاء، وذلك لأن محل التـأمين فى هـذه الحـالـة يتـمـثـل فى التـخلف من جانب المدين وهو فعل إرادي واختياري من جانب المدين، ولهذا السبب لا يمكنه أن يبرم لصالح نفسه إلا تأمينا من خطر اعساره.

ثـم إن التزام المؤمن التزاما مستقلا عن التزام المدين، فسبب عقد التأمين يتمثل فى اقتضاء القسط أما محله فيتمثل فى تعو يض الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ الالتزام. ومن هـذه الـفـروق أيـضـا، أن الـكـفـيـل يقوم بضمان عملية لا دخل له فيها، أي تتم دون مـشـاركته، ولا يخضع التزامه لشرط اعسار المدين، لا يؤمن الدائن ولا المدين ولا يخضع الـتـزامـه لـقواعد التأمين من حيث أنه لا يتقاضى قسط تأمين تحتسب قيمته وفقا لقواعد التأمين، وإنما يتقاضى عمولة نظير الخدمة التى يقدمها للمدين.

و بـنـاء على مـا تـقـدم مـن فروق فإن عقدي تأمين الضمان وتأمين يسار المدين، لا يمـكـن أن يخضـعـا للـقـواعـد المـطـبـقـة فى مجال الكفالة، وإنما يخضعان للقواعد الخاصة بـالتأمين، وتعتبر العمليتان من مشمولات شركات التأمين أساسا، ونادرا ما تقوم بهما البنوك فى الحياة العملية.

أمـا بـالـنـسبة للعمليات المتمثلة فى خطاب الضمان، وفي الضمان الاحتياطي وفي قـبـول الأ وراق الـتـجـارية لأجل أي الكمبيالات والأسناد لأمر، وإن كانت تعتبر من الـعـمـلـيـات الـبـنكية الائتمانية الناشئة عن مجرد توقيع البنك، وإن كانت تختلف عن

الكفالة المدنية لأن التزام البنك، بموجب خطاب الضمان وبموجب قبول الأوراق التجارية أوضمانها ضمانا احتياطيا، التزام مستقل عن التزام المدين الأصلي، وإن كانت هذه العمليات تخضع لأحكام خاصة، فخطاب الضمان يخضع للأعراف البنكية ولاتفاق البنك والعميل بينما تخضع عمليتا الضمان الاحتياطي وقبول الأوراق التجارية لأحكام القانون الصرفي المتمثلة فى نظام الأوراق التجارية، فقد ذهب الفقة وعملت بذلك الأعراف البنكية إلى اعتبار هذه العمليات، بجانب كونها من العمليات البنكية الائتمانية، نوعا خاصا من الكفالات تعرف باسم الكفالات البنكية.

وتجدر الإشارة إلى أن عمليات الضمان الاحتياطي وقبول الأوراق التجارية الناتجة عن توقيع البنك تخضع أساسا لأحكام القانون الصرفي أي نظام الأوراق التجارية وبالتالي، فهي لا تختلف في شيء عن الضمان الاحتياطي المترتب عن توقيع أي شخص آخر أوعن القبول الناتج عن توقيع أي متدخل آخر.

ولهذه الأسباب سوف نتطرق في هذا البحث إلى دراسة الكفالات البنكية مجسدة فى خطاب الضمان فى المملكة العربية السعودية[1] متوخين أسلوب المقارنة بما هو موجود فى بعض البلدان الأخرى مبينين مجال التعامل بخطاب الضمان، وما هيته واجراءات إصداره وتعديله وانقضائه، أي الأحكام الموضوعية والشكلية المتعلقة به، ثم الآثار المترتبة عليه.

وبذلك نقسم هذا البحث إلى بابين:

الباب الأول : الأحكام الموضوعية والشكلية في خطاب الضمان.

الباب الثاني : الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان.

---

(١) قد جرت العادة فى بعض البنوك على استعمال عبارة «الكفالات البنكية» لتعني بها «خطابات الضمان».

الباب الأول

الأحكام الموضوعية والشكلية لخطاب الضمان

لما كانت خطابات الضمان كفالات من نوع خاص تصدرها البنوك، فإنها تتميز عن الكفالات العادية التى تخضع للقانون المدني، ومن ثم فإن الأنظمة والأعراف البنكية واتفاقات الأطراف جعلت منها تنظيما قانونيا متميزا يخضع لقواعد خاصة تتعلق فى ذات الوقت بموضوعها وبشكلياتها.

الفصل الأول

ـ الأحكام الموضوعية لخطاب الضمان

لما كانت خطابات الضمان تخضع لقواعد خاصة، فإنه من الأهمية بمكان تحديد ما هيتها، وحتى نتمكن من هذا التحديد، فإنه يتعين أن نبحث بداءة فى مجال التعامل بخطاب الضمان.

المبحث الأول

ـ مجال التعامل بخطاب الضمان

شهدت المملكة العربية السعودية فى الآونة الأخيرة نموا اقتصاديا واجتماعيا كبيرا، فنشطت القطاعات التجارية والصناعية والإدارية وازداد حجم المشروعات فى القطاعين العام والخاص، وتدخلت المؤسسات المحلية والأجنبية للمشاركة فى هذه النهضة الاقتصادية والعمرانية والاجتماعية والتربوية، كما ازداد حجم المعاملات التجارية الخارجية، مما أدى إلى تعقد هذه المعاملات على الصعيدين النظامي والعملي. وقد اقتضى هذا الوضع تدخل المنظم السعودي لتحديد القواعد الكفيلة بخلق وإيجاد المناخ المناسب للمنافسة بين الشركات والمؤسسات المحلية والأجنبية المتخصصة للقيام بما يحتاجه هذا النمو من مشتريات ومشاريع إنشائية وخدمات متنوعة وأية أعمال أخرى، وذلك حتى تتمكن الجهات المستفيدة من هذه الأعمال من الحصول على أفضل العروض بأقل الأسعار. وفي هذا الإطار صدر نظام المناقصات والمزايدات بموجب

المرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٤هـ، والذي ألغي ليحل محله نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ، كما صدرت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار من وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/٢١٣١ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ.

ومن خلال هذا النظام[١] وهذه اللائحة التنفيذية نتبين أن تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها يقوم على قاعدتين أساسيتين، تتمثل إحداهما في المُحافظة على أموال الدولة وتحقيق أكبر وفر للخزانة العامة، فالحكومة تختار أفضل العروض من الناحية المالية أي أقلها سعرا وتكلفة، وتتمثل القاعدة الثانية فى الاهتمام بالناحية الفنية و بالضمان الذي تقدمه هذه العروض بغض النظر عن الناحية المالية.

ومن هذا المنطلق، وكلما احتاجت جهة حكومية شراء أدوات أو معدات أو مواد، فإن القاعدة النظامية تحتم عليها القيام بمناقصات عامة حتى تتيح الفرصة لأكبر عدد ممكن من المتعهدين والموردين بالتقدم بعروضهم وأسعارهم، وذلك كي تتمكن الجهة الحكومية من اختيار أجود العروض بأقل الأسعار. وكذلك الأمر فى حالة تولي المصالح الحكومية تنفيذ مشروعات أو أعمال إنشائية، حيث يتعين عليها القيام بمناقصات عامة تمكن أكبر عدد ممكن من شركات المقاولات والمقاولين والمهندسين من المشاركة فى تقديم العروض، وذلك أيضا كي تتمكن الجهة الحكومية من اختيار أجود العروض بأقل التكاليف.

---

(١) المادة ١٤ من نظام تأمين مشتريات الحكومة: «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه».

وقد جاء في تعميم وزارة المالية رقم ١٧/٨٦٣٦ وتاريخ ١٣٩٧/٥/١٥هـ: «تود هذه الوزارة أن تؤكد أنه من تاريخ العمل بنظام تأمين مشتريات الحكومة ولا ئحته التنفيذية واعتبارا من نشره في الجردية الرسمية في ١٣٩٧/٥/٤هـ، فإن نظام المناقصات والمزايدات يعتبر ملغيا بكامل نصوصه وذلك لأن النظام الجديد لم يكن مجرد تعديل لبعض نصوص النظام السابق، بل إن حقيقة الأمر أن النظام الجديد صدر ليحل محل النظام السابق ولهذا فلا مجال للقول بغير هذا التفسير لأن النية متجهة إلى هذا عند إصدار النظام الجديد».

و يعبر عن هذه الطريقة بالمنافسة وهي مجموعة القواعد والإجراءات التى تهدف إلى دعوة عامة المؤسسات والهيئات للاشتراك في العملية موضوع المنافسة، و يعرف هذا النوع بالمنافسة العامة، أما إذا اقتصرت الدعوة على عدد من المؤسسات، تختارها الجهة الحكومية بصفة من الكشوف المعتمدة، وتراعي الجهة فى هذا الاختيار الكفاية المالية والفنية وحسن السمعة، فيعرف هذا النوع بالمنافسة المحدودة[1] .

وتقوم المنافسة العامة على مبدأين: يتمثل أحدهما في المنافسة الحرة التى تتحقق من جهة بالإعلان عن المناقصة، و بحرية التقدم للمنافسة من جهة أخرى، وقضت المادة الثانية/ أ من نظام تأمين المشتريات، بهذا المبدأ في قولها: «يخطر المتنافسون إما عن طريق الإعلان فى الجريدة الرسمية مرتين على الأقل وإما عن طريق توجيه كتب رسمية إلى من يدعون للمنافسة فى حالة قصرها على عدد معين منهم»[2]. وقد يتم الإعلان فى الصحافة المحلية، إلا أنه لا يغني عن الإعلان في الجريدة الرسمية أي في جريدة «أم القرى» وانما يكون بمثابة العملية المساعدة لزيادة الإعلان، و بالتالي لتمكين أكبر عدد ممكن من المتنافسين من الإطلاع على المناقصة، وذلك لأن الجريدة الرسمية ليست متداولة بشكل كبير، إلا بالنسبة للمتخصصين المهتمين بها[3].

وتتجلى هذه الحرية أيضا فى إطار مشتريات الحكومة عن طريق الممارسة أو عن طريق التأمين المباشر. ولهذه الحرية أبعاد تختلف عن الحرية فى المنافسة. فالممارسة

(١) فاروق عبدالله معوض، دليل أعمال الشراء في الأجهزة الحكومية بالمملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، ١٤٠٥، ص٥١ وما بعدها.

(٢) قضت المادة ٤ من اللائحة التنفيذية بنفس القاعدة و بأكثر وضوح في قولها: «يكون الإعلان أو الإخطار عن المنافسة بطريق الإعلان فى الجريدة الرسمية مرتين على الأقل، أو بتوجيه كتب رسمية إلى من يدعون لها.

ويجب أن يسبق الإعلان الأول أو الإخطار ميعاد تقديم العروض بمدة شهر على الأقل مالم ينص النظام على غير ذلك».

(٣) انظر خطاب وزارة المالية رقم ١٢٥٨٢/١٧ وتاريخ ١٤٠٠/٦/٢٢هـ، ردا على خطاب وزارة المعارف رقم ١٥٧٣/٣/٣ وتاريخ ١٤٠٠/٦/٤هـ.

تتميز عن المنافسة بحرية الجهة الحكومية فى اختيار المتعاقد معها على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للمنافسة، حيث تترك حرية التقدم بالعرض، و يبقى أمر الإرساء قائما فى الأصل على الآلية. وتجدر الإشارة إلى أن المنظم السعودي لم يأخذ بالممارسة كطريقة مستقلة وإنما أجازها فى حالة استثنائية تحول فيها المنافسة إلى ممارسة، فأجازت المادة ٥/د من نظام تأمين مشتريات الحكومة للجنة فحص العروض التفاوض مع صاحب أقل عطاء مطابق للشروط والمواصفات أو غيره من المتنافسين فى حالتين محددتين: في حالة ارتفاع العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر، وفي حالة اقتران العطاء الأقل بتحفظ أو تحفظات[1].

وتبرز هذه الحرية أيضا فى اطار الشراء الحكومي عن طريق التأمين المباشر، وتتمثل فى حرية الجهة الحكومية فى التعاقد، فهي التى تحدد وتختار من تتعاقد معه وذلك فى إطار ما حدده نظام تأمين مشتريات الحكومة[2].

و يتمثل المبدأ الثاني الذي تقوم عليه أساسا مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها فى المساواة بين المتنافسين. و يتحقق هذا المبدأ بعدم التمييز غير المشروع بين المتنافسين، وقد قضت المادة الرابعة من نظام تأمين مشتريات الحكومة بهذه القاعدة فى قولها: «على الجهات الإدارية أن تفسح المجال فى تعاملها لأكبر عدد ممكن من المؤهلين العاملين فى

---

(١) وقد جاء بتعميم من رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٧٥١ وتاريخ ١٤٠٣/٤/٢٦هـ لجميع الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات العامة ما يلي: «ثانيا: في حالة قيام الشركات المتنافسة أو بعضها برفع أسعار عروضها أو وضع بنود تخالف الشروط أو المواصفات لأي سبب أو غرض من الأغراض فإنه لا يجوز التفاوض معها، بل تلغى المنافسة و يعاد طرح المشروع من جديد. كما أنه سيترتب على مخالفة الشركات لما أشير إليه أو ارتكابها لأي مخالفة أخرى، معاقبتها، فإن كانت الشركة أجنبية فتبعد عن البلاد فورا وإن كانت الشركة وطنية فيمنع تعاملها مع الجهات الحكومية».

(٢) المادة الثالثة من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

النشاط الذي يجري التعامل فيه بحيث لا يقتصر تعاملها مع أشخاص أو مؤسسات معينة[١].

و بعد الإعلان عن المنافسة، فإنه من حق كل شخص يريد الدخول فى المناقصة أن يقدم عرضا طبقا للشروط الواردة فى الإعلان عن المناقصة وطبقا لأحكام نظام تأمين مشتريات الحكومة ولا ئحته التنفيذية[٢].

و يتم فتح مظاريف العطاءات من قبل لجنة يكون من أهم اختصاصاتها التأكد من مطابقة العطاءات للشروط المعلن عنها واستبعاد العطاءات التى تكون مخالفة لهذه الشروط، وتحرر بذلك محضر ثم تسلم هذه العروض والمحضر المعد والعينات ليتم عرضها على اللجنة المختصة بفحص العروض. وهذه اللجنة لا تملك القرار وإنما تقوم فقط برفع توصياتها فى الترسية على ما تراه أفضل العروض من الناحيتين المالية والفنية.

وقد تستعين اللجنة فى تقديم توصياتها بتقرير من فنيين متخصصين[٣].

أما بالنسبة للبت فى العروض والتعاقد، فتكون صلاحية البت فى الشراء وتنفيذ الأعمال التى تزيد قيمتها على ثلاثة ملايين ريال للوزير أو لرئيس الدائرة المستقلة، وفيما قل عن ذلك لوكيل الوزارة أو من يقوم مقامه، ويجوز التفويض للمسؤولين فيما دون ذلك على أن يكون التفويض متدرجا حسب مسئولية الشخص المفوض[٤].

---

(١) انظر أيضا الأمر السامي رقم ٤٤٠١/٤/٧ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٢٥هـ المعمم بخطاب معالي وزير المالية رقم ٤٠١٧/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٣/٦هـ، والذى جاء فيه: «... وذلك لأننا حريصون على دعم القطاع الأهلي الوطني وتشجيعهم وإعطاء الفرصة للجميع على قدم المساواة».

(٢) المادتان ٢، ٣ من نظام تأمين مشتريات الحكومة، والمواد من ١ الى ١٠ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادتان ٢/هـ و ٥ من نظام تأمين مشتريات الحكومة، والمواد من ١٢ الى ١٨ من اللائحة التنفيذية، وكذلك خطاب وزير المالية رقم ٦٤٣٦/١٧ وتاريخ ١٤٠٠/٣/٢٣هـ.

(٤) المادة ٦ من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

هذا وتجدر الإشارة الى أنه لايمكن الارتباط بأي عقد من عقود المشروعات والأعمال والمشتريات التى تبلغ قيمتها مائة مليون ريال فأكثر إلا بعد الموافقة المسبقة من صاحب السمو الملكي ولي العهد ونائب رئيس مجلس الوزراء[٣].

ويخطر صاحب العطاء المقبول بخطاب مسجل بقبول عطائه، و يتم التعاقد معه متى اكتملت الشروط المنصوص عليها بنظام تأمين مشتريات الحكومة و بلائحته التنفيذية.

وحتى تطمئن الجهات الحكومية إلى جدية العروض المقدمة إليها فى اطار المنافسة، فقد قضى نظام تأمين مشتريات الحكومة بوجوب تقديم ضمان على ذلك، إذ نصت المادة ٤/٢ منه على أنه: «يقدم مع العرض ضمان ابتدائي يتراوح بين ١، ٢٪ من قيمته وفقا لما تحدده الشروط والمواصفات ولا يلزم تقديم هذا الضمان في حالة الشراء المباشر أو العروض المفتوحة المشار إليها فيما بعد...»[١].

وحتى تطمئن الجهات الحكومية على حسن تنفيذ المشاريع والأعمال التى التزم بها صاحب العرض الذي تم التعاقد معه، وعلى متابعتهما وعلى صيانتها، وعلى تدريب موظفي هذه الجهات الحكومية على استعمال واستخدام هذه المشاريع، فقد قضى أيضا نظام تأمين مشتريات الحكومة بوجوب تقديم ضمان على ذلك، حيث نصت المادة السابعة منه على أنه:

«أ ـ يجب أن يقدم من يتعاقد مع الحكومة ضمانا نهائيا بواقع ٥٪ من قيمة العقد.

---

(٣) الأمر السامي رقم ١٥٩١٨ وتاريخ ١٣٩٨/٧/١هـ، وتعميم وزارة المالية رقم ١١٦٠٩/٢ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٥هـ.

(١) وقد جاءت بنفس الشرط المادة ٩ من اللائحة التنفيذية حيث نصت على أنه «يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات المنصوص عليها بالمادة الثانية فقرة (د) من النظام وأن يكون هذا النظام ساريا حتى تاريخ البت فى العطاءات».

ب ـ لا يلزم تقديم الضمان النهائي فى حالات التعاقد على الأعمال الاستشارية أو الشراء المباشر وشراء قطع الغيار»[٢].

وفي بداية تنفيذ الأشغال قد يحتاج المتعاقد مع الجهة الحكومية الى سلفة مقدمة منها، وحتى تطمئن على استردادها فقد قضت المادة ٨/أ بوجوب تقديم خطاب ضمان في قولها: «يجوز للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقدمة من استحقاقه في حدود (٢٠٪) عند التوقيع على العقد مقابل خطاب ضمان مساو لهذه القيمة، وتحسم هذه الدفعة على أقساط طبقا للمستخلصات».

وتجدر الإشارة الى أن المادة الثامنة/ أ قد قضت بشكل صريح على وجوب تقديم خطاب ضمان بينما أوردت المادتان ٢/د و٧ وجوب تقديم ضمان دون تحديد نوعه. وتلافيا لتفسير هذه العبارة تفسيرا واسعا، حيث يمكن أن يكون هذا الضمان ضمانا عينيا أو شخصيا فقد صدر قرار وزير المالية رقم ١٤٨٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ بتعديل نص المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية للنظام، وأبلغ هذا التعديل بتعميم من نفس الوزارة رقم ٥٣٧٣/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ. وقد جاء بهذا التعميم: «حيث لوحظ سقوط أشكال الضمان سهوا من المادة (٢) فقرة (د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ في ١٣٩٧/٤/٧هـ، فقد تم إضافة هذه الأشكال الى نص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية للنظام وذلك بتعديلها بالقرار الوزاري رقم ١٤٨٦/١٧ فى ١٣٩٨/٣/٢٥هـ بالصيغة التالية: (يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات التالية:

أ ـ خطاب ضمان مقدم من أحد البنوك المحلية.

ب ـ خطاب ضمان مقدم من بنك في الخارج يقدم بواسطة بنك يعمل في المملكة.

---

(٢) أوردت المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية نفس الشرط حيث نصت على أنه «يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع فى مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه أحد الضمانات المنصوص عليها في المادة (٧) من النظام مالم يقض النظام بغير ذلك».

جـ - تعهد صادر من إحدى شركات التأمين المتخصصة التى تحددها مؤسسة النقد العربي السعودي على أن يكون الضمان ساريا حتى التاريخ المحدد للبت فى العروض وبشرط أن يكون واجب الدفع لدى أول طلب من جانب الجهة الإدارية برغم أية معارضة قد يبديها مقدم العرض ودون حاجة إلى صدور حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم.

وهذا عام لجميع تأمين المشتريات وتنفيذ الأعمال سواء كان ضمانا ابتدائيا أو نهائيا مما نص عليه فى المادة (٧) من النظام. وبالنسبة لخطاب الضمان المقدم من بنك أجنبي يجب التقيد بشأنه بما جاء في تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١١/م/١٢٤٠٧ في ١٣٩٦/٨/٥هـ وتعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم ١١٤٨١/م/٣٥٤ في ١٣٩٦/٨/٨هـ)).

ولا يقتصر مجال خطاب الضمان على مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها بل أصبح نطاق التعامل به أوسع من ذلك، فقد يطلب من أي شخص يتعامل مع جهة حكومية أو مع الخواص تقديم خطاب ضمان، الشيء الذى منحه أهمية كبرى فى الحياة العملية. وقد ازدادت أهمية خطاب الضمان مع ازدياد حجم الأعمال والمشاريع التى تقوم بها الجهات العامة والخاصة كما وكيفا.

وبرغم هذه الأهمية التى حققتها خطابات الضمان فى الحياة العملية، وبرغم المكانة التى أولاها لها نظام تأمين مشتريات الحكومة، فإن المنظم السعودي لم يتدخل لتنظيم هذه العملية تنظيما خاصا[1]، بل ترك الأمر للأعراف البنكية، ولتعميمات وزارة المالية والإقتصاد الوطني، ولتعميمات مؤسسة النقد العربي السعودي، ولا تفاق الأطراف المجسد بالنماذج المجهزة بصفة مسبقة من قبل البنك، وخاصة منها طلب

(١) قد اقتصر المنظم السعودي على تعداد خطاب الضمان من ضمن الأعمال البنكية التى ورد تعدادها على سبيل المثال بالمادة الأولى فقرة (ب) من نظام مراقبة البنوك الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ.

إصدار خطاب الضمان والذي يتضمن بشكل خاص شروطه، وكيفية اصداره، والآثار المترتبة عليه، وكيفية تعديله، وكيفية انتهائه.

وتجدر الملاحظة في هذا الشأن إلى أن البيانات والشروط التى تتضمنها هذه النماذج وإن كانت تتفق بالنسبة للشروط الجوهرية فإنها تختلف فى بعض الجزئيات وفي صياغتها من بنك الى آخر.

وفي حالة عدم وجود قاعدة عرفية خاصة أو شرط اتفاقي فإن خطاب الضمان يخضع للقواعد القانونية العامة.

وفي القانون التونسي تتميز القواعد المتعلقة بالضمانات المطلوبة عند المشاركة في المناقصات العامة أو لدى إرساء تنفيذ المشاريع والصفقات العامة بالعمومية وببعض الغموض، حيث صدر الأمر عدد ٧٤-٧٥٤ بتاريخ ٢٧ جويليه ١٩٧٤ م[١] المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، والمنقح بموجب الأمر عدد ٨١-١٠٥٦ وتاريخ ١٢ أوت ١٩٨١م[٢]، كما صدر القانون عدد ٨٥-٧٣ وتاريخ ٢٠ جويليه ١٩٨٥م والمتعلق بصفقات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية، والشركات التى تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية فى رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وصدر أيضا الأمر عدد ١٠٣٦ وتاريخ أول سبتمبر ١٩٨٥م والمتعلق بالصفقات التى تبرمها المؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية والشركات التى تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة. وتتضمن هذه النصوص القواعد الخاصة بكيفية عقد هذه الصفقات، وبإجراءاتها، وبإنجازها وبالنظر فيها.

وتتجلى هذه العمومية خاصة في فصول الأمر عدد ٧٤-٧٥٤ المتعلقة بالضمانات المقدمة، حيث ترك الفصل ٥٢ منه لكراسات الشروط أمر ضبط أهمية الضمانات المالية الواجب

(١) وصدر القرار التطبيقي بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٤م.

(٢) وصدر القرار التطبيقي بتاريخ ٤ جانفي ١٩٨٢م.

تقديمها من كل مقدم عرض كضمان وقتي ومن كل صفقة كضمان نهائي[1] . كما جاء تحديد قيمة الضمان عاما حيث أورد الفصل ٥٣ من الأمر السابق سقفا لا يجوز أن يتعداه، لكنه لم يورد الحد الأدنى له[2] . وتبرز أيضا هذه العمومية في تحديد نوع الضمان المقدم للجهة الحكومية المعلنة عن المنافسة أو المتعاقد معها، إذ يمكن أن يكون الضمان عينا أو في شكل سندات[3]، كما يمكن أن يعوض عنه بتقديم ضامن بالتضامن يلتزم مع صاحب الصفقة بتسديد المبلغ المنصوص عليه بالضمان لدى أول طلب من المستفيد من الضمان ودون إثارة أي نزاع مهما كان سببه[4].

ونتبين من خلال ما تقدم أن المشرع التونسي لم يقض بوجوب تقديم نوع خاص من الضمانات، كما هو الحال في المملكة حيث أوجب تقديم خطاب ضمان صادر عن

---

(١) الفصل ٥٢ من الأمر عدد ٧٤-٧٥٤ وتاريخ ٢٧ جويليه ١٩٧٤م: «تضبط كراسات الشروط أهمية الضمانات الواجب تقديمها:

من كل مقدم عروض بعنوان ضمان وقتي.

من كل صاحب صفقة بعنوان ضمان نهائي،

إلا أنه يمكن عدم المطالبة بتقديم ضمان بالنسبة لبعض صفقات التزو يد أو الخدمات إذا كانت ظروف إبرام الصفقة طبيعتها تبرر ذلك».

(٢) الفصل ٥٣ من الأمر عدد ٧٤-٧٥٤ «لا يمكن أن يفوق مبلغ الضمان الوقتي المبلغ المحتمل للصفقة.

ولا يمكن أن يفوق مبلغ الضمان النهائي ٣٪ المبلغ الأصلي للصفقة يضاف إليه عند الاقتصاد مبلغ الصفقات التكميلية إذا لم تشتمل الصفقة على أجل ضمان التنفيذ، ١٠٪ إذا اشتملت الصفقة على أجل ضمان».

(٣) الفصل ٥٤ من الأمر عدد ٧٤-٧٥٤: «يمكن أن تقدم الضمان عينا أو في شكل سندات تضبط قائمتها بقرار من وزير المالية.

و يضبط نفس القرار طريقة حساب القيمة المقبولة لكل صنف من تلك السندات».

(٤) الفصل ٦٣ من الأمر عدد ٧٤-٧٥٤: «يمكن تعويض الضمان المالي والحجز بعنوان الضمان بتقديم شخص ضامن بالتضامن حسب الشروط المبينة بهذا القسم».

الفصل ٦٤ من نفس الأمر: «على الضامن بالتضامن أن يلتزم مع صاحب الصفقة بأن يرجع للسلطة المتعاقدة المبالغ التي قد يصير مدينا بها إلى حد مبلغ الضمان المالي وحجز الضمان الواجب إجراؤه.

يقع الدفع بطلب من السلطة المتعاقدة و بدون أن يحاول الضامن ارجاء الدفع أو إثارة أي نزاع مهما كان سببه.

يحرر التزام الشخص الضامن بالتضامن حسب مثال يضبط بقرار من وزير المالية».

بنك أو عن شركة تأمين، ولهذا السبب نلاحظ أن خطاب الضمان لم يكتب الذيوع والانتشار الكبير في الحياة العملية في تونس، وبالتالي لم يوله المشروع اهتمامه بوضع قواعد خاصة به.

وعلى خلاف الوضع السائد في المملكة العربية السعودية، وفي تونس وفي بعض البلدان الأخرى، حيث لا توجد نصوص خاصة بخطاب الضمان، فقد تدخل المشرع في بعض البلدان الأخرى لوضع الأحكام الخاصة بماهية خطاب الضمان وبإصداره وبالآثار المترتبة عليه.

فقد خصص المشرع الكويتي المواد من ٣٨٢ الى ٣٨٧ من قانون التجارة الصادر بموجب مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م وتاريخ ٦ دي الحجة ١٤٠٠هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٨٠م، لخطاب الضمان. هذا وقد سبقه في هذا الاتجاه المشرع العراقي حيث تضمن قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م[1] أحكاما خاصة بخطاب الضمان بالمادة ٣٦٥ وما بعدها.

فمن خلال هذه التعميمات، والأعراف البنكية السائدة، والعقود النموذجية المعمول بها في الحياة العملية، ومن خلال التقنينات الخاصة المطبقة في بعض البلدان، سنقوم بالبحث في ماهية خطاب الضمان حتى نتمكن من البحث في إجراءات إصداره وتعديله وانقضائه.

---

(١) قانون التجارة العراقي الجديد رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م وتاريخ ١٩٨٤/٣/١٥م ـ دار الحرية للطباعة، بغداد ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م.

المبحث الثاني

ـ ماهية خطاب الضمان

احتلت خطابات الضمان أهمية متزايدة في عدد كبير من الدول بشكل عام، وفي المملكة العربية السعودية بشكل خاص[1]، خصوصا وأنها كانت في أهم فترات بناء المتطلبات الكبرى لنمو اقتصادها.

وتعددت أنواع خطابات الضمان، وتدخل المنظم السعودي بشكل مستمر، وجاءت اللوائح والقرارات الوزارية لجعل تقديمها إلزاميا في مجال مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، وأخذت الأعراف التجارية بوجوب التعامل بها في عدة مجالات، مما زاد من انتشارها ومن أهميتها في الحياة العملية، وهذا يدعونا إلى البحث في أهمية خطابات الضمان وفي أهدافها وفي أنواعها.

إلا أننا نرى من الأهمية بمكان تحديد تعرف خطابات الضمان قبل التطرق الى أهميتها وأهدافها وأنواعها.

---

(١) انظر التقرير السنوي لمؤسسة النقد العربي السعودي لسنة ١٤٠١هـ ١٩٨١م، جدول رقم ٦ (ب) المركز المالي الموحد للبنوك التجارية حسب القطاعات الاقتصادية (المطلوبات) ص١٣٤ بلغت قيمة خطابات الضمان بملايين الريالات في: ١/٩/١٩٧٠م: ١٠٩، وفي ٩/٧/١٩٧٥م، ٧٥١، وفي ١٠/١٢/١٩٧٧م: 1940، وفي ٢٦/٥/١٩٧٩م: ٢١٥٥، وانظر نفس التقرير لسنة ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ص: بلغت القيمة: فى ٢٣/٤/٨٢م، ٣٥٨٢، وانظر نفس التقرير لسنة ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م، ص١٦٢، بلغت القيمة في ١/٤/١٩٨٤م: ٢٩٣٥، وانظر نفس التقرير لسنة ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، ص بلغت القيمة في ٢١/٣/١٩٨٥م: ٢٥٠٠.

الفرع الأول ـ تعريف
خطاب الضمان

لم يتعرض المنظم السعودي لتعريف خطاب الضمان شأنه في ذلك شأن العديد من المشرعين في البلدان الأخرى، كما أنه لم يحدد أحد منهم مفهومه ولا أحكامه. وسدا لهذا الفراغ التشريعي، تدخل الفقه في هذه البلدان ليضع تعريفا لخطاب الضمان وذلك انطلاقا مما هو معمول به في الحياة العملية ومن الأعراف البنكية ومن الشروط التى تتضمنها عقود خطابات الضمان.

وبناء على هذه الأسس المعتمدة من قبل الفقه، تجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان لم تعرف نظاما موحدا في مختلف البلدان وفي مختلف المعاملات، فتعددت تعاريفها، واختلف مفهومها باختلاف الطبيعة القانونية التى يمكن استنتاجها من اتفاق أطراف خطاب الضمان.

فذهب جانب من الفقه الفرنسي[1]، وأخذ بذلك الاجتهاد[2] الى القول بأن التزام البنك قبل الدائن الصادر لصالحه خطاب الضمان التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، ومن ثم يخضع للقواعد القانونية العامة، فهو التزام ناتج عن كفالة تضامنية لأن تعهد البنك تجاري في كل الأحوال. وقد تطور مضمون التزام البنك خلال السنوات القليلة الأخيرة، وخاصة في نطاق المعاملات التجارية الدولية، فظهر في الحياة العملية ما

---

(1) A. Boudinot, Techniques bancaires et commerciales, 1967, p. 291. J. Ferronière, opérations de banque, 1963, p. 315 - J. Hamel, Traité de droit commercial, p. 345, No 1265 - C. Gavalda et J. Stoufflet, droit de la. banque, 1974, p 760, No 556 - Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, par Roblot, 1968, p. 1022, No 2121.

(2) Caen, 4 novembre 1963, Banque 1964, p. 777.

يعرف بالضمان لدى أول طلب (La garanteie a premiere demande) واستقر العمل به، وأقرته الأعراف البنكية. وتتضمن صيغة هذا الضمان شرطا مفاده أن البنك يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد من الضمان وذلك دون النظر فى أحقية أو عدم أحقية المبالغ التى تعهد بوفائها البنك ودون اللجوء الى أي اثبات يتعلق بالتزام البنك، وحتى في حالة معارضة المدين الأصلي عميل البنك وطالب إصدار خطاب الضمان.

و يستنتج من عبارات هذا التعهد من قبل البنك أن التزامه مستقل عن الالتزام الأصلي الذي تم بين العميل طالب اصدار خطاب الضمان والمستفيد منه، بحيث لا يجوز للبنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفوع المستمدة من الالتزام الأصلي.

إلا أن الاجتهاد الفرنسي لم يأخذ بكل هذه الاستقلالية وحاول جاهدا أن يضع حدا لتطبيق هذا الشرط الذي يتضمنه الضمان لدى أول طلب، فعمدت بعض المحاكم إلى إبطال الضمان على أساس السبب، فعدم توافر السبب يبطل الضمان[1]، وفي الضمان لدى أول طلب يكمن سببه في العقد الأصلي، و بطلان العقد الأصلي يرتب بطلان الضمان.

---

(1) Ordonnace rendue en référé par le président du tribunal de commerce de Paris, 24 mars 1981, D. 1981, p. 481, note Vasseur, Voir aussi observations M. Cabrillac et B. Teyssier, Rev. trim. de dr. com. et de dr. Eco. 1981, p. 813, no 10 : "Pour mettre obstacle au jeu de cette clause - ... - La S. A. E. fit valoir, avec succès, que : 1°/les lettres de garantie étaient nulles pour absence de cause, la - raison d'étre du contrat de garantie ayant disparu; 2°/ le bénéficiaire de ces lettres se rendait coupable de fraude en essayant de profiter des termes d'un document qui lui était particulièrement favorable alors que rien ne lui était dû mais qu'il se trouvait, au contraire, en position de débiteur.
La référence à la notion de cause était déjà présente dans certaines décisions. Ainsi avait - il été admis que le contrat de garantie (trouve sa. cause dans le désir et la volonté de réaliser le marché ... ce qui eût été impossible sans la mise en place des cautions á premiére demande : Riom 11 mai 1980, D 1980, p. 336, Note Vasseur, Trib. Gr. Inst. de Montluçon, 9 Janvier 1981, D. 1981, p. 390, note Vasseur). de même la cour d'appel de Paris a - t - elle pu décider que l'annulation du contrat de base entrainerait celle de la lettre de garantie, dont elle constitue, en effet, la cause, Paris 29 janvier 1981, D. 1981 p. 336, Note Vasseur".

وعمدت بعض المحاكم الأخرى إلى إبطال الضمان بالاستناد الى ما لاحظته من غش وتعسف في المطالبة بقيمة الضمان من قبل المستفيد منه[1]. وقد أقر الفقه هذا القضاء حيث ذهب بعضهم إلى القول بأنه «ليس من المقبول أن يكون التزام ضامن الضامن (Contre-garant) مستقلا عن الالتزام الأصلي. فهو يرتبط به من خلال التزام البنك بصفته كضامن أصلي، فالضمان الأصلي لا ينشىء حاجزا بين الالتزام الأصلي وضمان الضامن، والتعسف الذي ارتكب في الضمان الأصلي يرتب نفس الآثار بالنسبة لضمان الضامن»[2].

وقد ذهب جانب آخر من الفقه[3]، وحتى قبل تدخل الاجتهاد الى القول بإمكانية العمل بهذا الضمان الذي أدخلته الحياة العملية التجارية والتى أضفت عليه صفة

---

(1) Ordonnance rendue par le Président du tribunal de commerce de Paris, 5 mai 1981, D 1981, p. 481, Note Vasseur, et observations M. Cabrillac et B. Teyssié, Rev. Trim de dr. com. et de dr. Ec. 1981 p. 814 : "le maître de l'ouvrage fit alors appel aux garanties de restitution d'acompte et de bonne fin consenties lors de la conclusion du marché par des banques Iraniennes avec contre - garantie de la banque de Paris et des Pays - Bas. Leur mise en oeuvre est paralysée par le président du tribunal de commerce de Paris, observation faite que l'organisme Iranien en cause s'en prévalait (de façon abusive). En effet, 1°/ une (demande uni la térale de modification du contrat a été formulée par l'acquéreur et n'a pas abouti); 2°/ diverses obligations de paiement à la charge de l'acquéreur n'ont pas été remplies à la date prévue, 3°/ le (non-respect des obligations contractuelles par l'acquéreur) explique que Thomson ait arrêté la fourniture de ses propres prestations; 4°/ celles - ci paraissent s'élever à un montant supérieur à celui des acomptes versés par l'acquéreur. Ces éléments caractérisent la fraude manifeste que commet le bénéficiaire des garanties en prétendant en obtenir l'application".

(2) Observations M. Cabrillac et B. Teyssié, op. cit, p. 815 : "Mais on ne saurait admettre que l'engagement de garantie pris par le contre - garant est indépendant du contrat de base. Il lui est lié à travers l'engagement pris par la banque garante de premier rang. La garantie initiale le ne.crée pas une cloison étanche entre le contrat de base et la convention de contre - garantie. L'abus commis au premier degré trouve naturellement echo au seond degré".

(3) C Gavalda et J. Stoufflet, La lettre de garantie internationale, Rev. Trim. de dr. com. et de dr. éco 1980 p. 9 : "Il apparaît au terme de ces réflexions sur la validité de la garantie, que le droit français offre une suffisante souplesse pour accueillir un mécanisme mis au point par la pratique commerciale internationle par référence à d'autres systèmes juridques. On ne saurait, toutefois, s'étonner de ce que certaines contraintes du droit français des contrats se manifestent, telles celles découlant de la théorie de la cause. Elles permettent aussi dans une perspective pragmatique d'assurer un minimum de protection au débiteur, cette protection, néanmoins dépend d'avantage encore du soin qui a été apporté à la rédaction du contrat définissant l'étendue de l'engagement du garant".

التجريد، بحيث يكون التزام الضامن مستقلا طبقا لما تحدده شروط عقد الضمان، فليس لهذا الالتزام، بالنسبة لوجوده، وصحته وتنفيذه، أية صلة بالعلاقة الأصلية التى تربط بين المضمون والمستفيد من الضمان، ومن ثم، لا يمكن للضامن أن يحتج بالدفوع المستمدة من العقد الأصلي. وتجدر الإشارة الى أن هذه القاعدة ليست مطلقة في التطبيقات التى أوردها الاجتهاد الفرنسي الذي أخذ ببعض الحدود المستمدة من نظرية السبب ومن قاعدة الغش والتعسف.

وفي بعض القوانين الأخرى، فرق القانون الألماني بين الكفالة العادية التي تخضع لقواعد القانون المدنى والضمان المترتب على تعهد البنك والذي يخضع لقواعد خاصة و يتميز هذا الضمان بالاستقلالية والتجريد.

كما أقر القانون الإطالي امكانية تحول الكفالة العادية إلى ضمان مستقل ومجرد، وذلك عن طريق الشروط الواردة في العقد[1]

أما الفقه المصري[2]، فقد ذهب الى القول بأن الالتزام المترتب على خطاب الضمان هو التزام أصيل ومستقل عن الالتزام الأصلي بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان. وقد أكد هذه القاعدة الاجتهاد المصري[3].

---

(1) C. Gavaloio. et J. Stoufflet, op, Cit, p.3, note 2

(٢) أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب خطابات الضمان والكفالات المصرفية، مقال في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس، القاهرة سنة ١٩٦١م، الجزء الخاص بالأبحاث ص٥٧ الى ٧٩ - راغب حبشي، خطابات الضمان، مجموعة محاضرات العام الدراسي السادس ١٩٦٠م بمعهد الدراسات المصرفية بمصر - سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير، مجلة القانون والاقتصاد، مارس - يونيو ١٩٧٢م، العددان الأول والثاني - على جمال الدين عوض، تعليق بعنوان: النظام القانوني لخطابات الضمان، المحاماه، السنة ٤٠، ص ١٧١٠، وكتابة عمليات البنوك من الوجهة القانونية دار النهضة العربية ١٩٨١ ص٤٨٤ وما بعدها - محمد البربري، خطابات الضمان، مجموعة محاضرات العام الدراسي السابع ١٩٦١م بمعهد الدراسات المصرفية بمصر - محمد حسني عباس، عمليات البنوك، ١٩٦٨، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٣) ومن هذه الأحكام القضائية، نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١، هامش ٧: **استئناف القاهرة في ١٩٥٥/٢/٢٣م**، المجموعة الرسمية، جدول تجاري رقم ٧١/١١٥٦ ق، **حكم النقض المصري في** ١٤ مايو سنة

وقد تعددت التعريفات الفقهية لخطاب الضمان، وهذا التعدد لا يعني اختلافها، فهي وإن اختلفت صيغتها فهي تتفق في جوهرها من حيث أنها جعلت من خطاب الضمان التزاما أصيلا ومستقلا ومباشرا ومجردا، يقع على مبلغ نقدي، ولا يخص في شيء ضمان العميل فيما تعهد به وفقا للعقد المبرم بينه و بين المستفيد من الضمان.

وقد عرف بعضهم خطاب الضمان بأنه: «تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله (ونسميه الآمر بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر[1]».

وقد ذهب البعض الآخر من الفقهاء[2] إلى تعريف خطاب الضمان تعريفا من شأنه أن يجعل خطاب الضمان مقتصرا على التعهدات التى يطلبها العملاء من البنك حتى تحل محل التأمينات النقدية التى تقدم على وجه الخصوص للجهات الحكومية عند

١٩٦٤م. مجموعة أحكام النقض، السنة ١٥، عدد ٢، ص٦٩١، طعن رقم ٢٩/٢٧٠ ق ١ ـ حكم النقض المصري في ٢٦ مايو، سنة ١٩٦٩م، المجموعة ١٨ السنة ٢٠، عدد ٢، طعن رقم ٢٩٤ ـ حكم المحكمة الإدارية العليا، نقض رقم ٩٨٩٧ في ١٩٦٣/٧/٣٠م، منشور بمجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٠ سنوات، ص١١٠٧.

(١) على جمال الدين عوض، عمليات البنوك. مرجع سابق ص ٤٨٤. وتجدر الإشارة إلى أن الكاتب قد أورد هذا التعريف ليحل محل تعريفه السابق لخطاب الضمان. فقد تضمنت المحاضرة التى ألقاها في معهد الدراسات المصرفية بمصر في يونيو ١٩٦١ بعنوان «خطابات الضمان من الوجهة القانونية» (نشرت بمجموعة محاضرات العام الدراسي السابع، الصادرة عن معهد الدراسات المصرفية، المطبعة العالمية، القاهرة) التعريف الآتي:
«خطابات الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله الى دائن لهذا العميل يضمن فيه تنفيذ العميل التزاماته، أو هو ـ بعبارة عامة ـ خطاب يكفل به البنك عميله لدى دائن هذا العميل». ونلاحظ أن هذا التعريف لا يتفق واعتبار التزام البنك التزاما مباشرا ومجردا ومستقلا عن التزام العميل، بينما كان هذا التعريف يتفق مع الإتجاه الذي ساد الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حتى سنة ١٩٦٤م والقائل بأن البنك يضمن تنفيذ العميل للالتزامه قبل المستفيد. (انظر سميحه القليوبي، مرجع سابق، ص١١).
(٢) أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب، مرجع سابق، نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص١٢.

التعاقد معها، وتبعا لذلك جاء تعريفهم لخطاب الضمان كما يلي: «هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى الجهة الإدارية التى يتعامل معها، يتعهد فيه بدفع المبلغ المضمون عند أول طلب ورغم معارضة المدين».

وعرفه جانب آخر من الفقهاء[1] «بأنه خطاب ذو طابع شخصي يوجهه البنك إلى المستفيد، بناء على طلب العميل، و يتعهد البنك بمقتضاه تعهدا مباشرا مجردا غير قابل للتداول أو التنازل، بدفع مبلغ الضمان، بمجرد الطلب وخلال مدة معينة». وقد يؤخذ على هذا التعريف اعتباره لخطاب الضمان من التعهدات ذات الطابع الشخصي، فالبنك يتعهد بالدفع للمستفيد الذي يعينه العميل نفسه، فبالنسبة للبنك، فهو يتعهد بالدفع دون اعتبار لشخص المستفيد.

أما في الكويت، حيث تدخل المشرع لوضع أحكام خاصة بخطاب الضمان، فقد أوردت المادة ٣٨٢ من قانون التجارة تعريف خطاب الضمان في قولها: «خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب، و يوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله».

وفي العراق، قد جاء تعريف خطاب الضمان بالمادة ٣٦٥ من قانون التجارة بعبارة لا تختلف في شيء عن العبارة التى جاء بها تعريف الضمان في المادة ٣٨٢ من قانون التجارة الكويتي.

ونتبين من خلال اختلاف التعاريف، أنها وان اختلفت في صيغتها وفي بعض جزئياتها، فإنها تتضمن أهم خصائص ومميزات خطاب الضمان من حيث أنه تعهد

---

(١) محمد حسني عباس، مرجع سابق، ص١٣٨.

مباشر ومجرد ومستقل، لا علاقة له بضمان التزام العميل فيما تعهد به للمستفيد وفقا للعقد المبرم بينهما، فهو يقع على مبلغ يدفعه البنك لدى أول طلب من المستفيد، ولخطاب الضمان ثلاثة أطراف: طالب أو الآمر بإصدار خطاب الضمان، وعادة يكون عميل البنك، والبنك مصدر خطاب الضمان، والمستفيد من خطاب الضمان.

وأخيرا بالنسبة للمملكة العربية السعودية، فإننا نلاحظ أن تعريف خطاب الضمان لم ينل من اهتمام المنظم أو الفقه شيئا. ومن ثم لكي نتمكن من تعريفه فإنه يتعين علينا الرجوع إلى صيغة التزام البنك الذي يتضمنها خطاب الضمان النهائي وخطاب الضمان المؤقت.

ففي خطاب الضمان النهائي ترد صيغة التزام البنك بالعبارة التالية[1]: «نتعهد بهذا تعهدا غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغا لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره....... عند استلام أول اشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان، و يفيد وفقا لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان».

وفي خطاب الضمان المؤقت، تختلف صيغة التزام البنك إذ ترد بالعبارة الآتية[1]: «حيث أن السادة.... قد تقدموا بعطائهم عن توريد (أو مقاولة)..... يضمن بهذا البنك.... ضمانا غير مشروط بأن يدفع لكم عند أول اشعار خطي منكم بالمطالبة

---

(١) تجدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى نماذج خطابات الضمان النهائية التي تصدرها مختلف البنوك العاملة في المملكة العربية السعودية، فإننا نلاحظ أنها وإن اختلفت في شكلها، فإنها تتضمن نفس صيغة الالتزام وذلك بناء على التوجيهات الصادرة من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب تعميمها رقم ١٧٧٥٤/٤ وتاريخ ١٣٩١/١٠/٢١هـ والذي تم تطبيقه اعتبارا من غرة شهر ذي الحجة ١٣٩١هـ.

(١) جاءت عبارة الالتزام في نماذج خطابات الضمان الصادرة عن مختلف البنوك العاملة في المملكة بنفس الصيغة، وإن اختلف شكل الخطاب، وذلك بناء على التوجيهات الصادرة من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب التعميم رقم ١٧٧٥٤/٤ وتاريخ ١٣٩١/١٠/٢١هـ والخاص بصيغة خطاب الضمان النهائي.

بالدفع مبلغا لا يتجاوز..... وذلك ما يعادل نسبة..... من قيمة عطائهم بموجب شروط المناقصة.

يسري مفعول هذا الضمان..... حتى نهاية اليوم..... من الشهر..... من عام..... ويجب التقدم بأي مطالبة بدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه».

ومن خلال هاتين الصيغتين نتبين ان التزام البنك في خطاب الضمان النهائي وإن كان غير مشروط فإنه مقيد بوجود تقصير في تنفيذ العقد، وإن كان تقدير هذا التقصير متروكا وبشكل مطلق للمستفيد من الضمان. بينما يكون التزام البنك في خطاب الضمان المؤقت غير مشروط ولا مقيد بحيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد طلب المستفيد.

ونستنتج مما تقدم أن التزام البنك بخطاب الضمان النهائي لم يأت مجردا تجريدا تاما، بحيث تبقى ظلال نظرية السبب مسيطرة على التزام البنك، إذ لا يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة الضمان إلا في حالة التقصير في التنفيذ من قبل المدين الأصلي، وهو عميل البنك الذي طلب إصدار خطاب الضمان، إلا أن ترك تقدير التقصير للمستفيد وبشكل مطلق يجعلنا نذهب الى القول بانحلال السببية، ومن ثم فإن التزام البنك بموجب خطاب الضمان النهائي يبقى معلقا بين وجود السببية وعدم وجودها.

أما بالنسبة لالتزام البنك بخطاب الضمان المؤقت، فإننا نذهب الى القول بأنه التزام مجرد تجريدا تاما لاصلة له بالالتزام الأصلي المبرم بين العميل طالب خطاب والمستفيد منه، وبالتالي، وفي الأصل لا علاقة له بنظرية السببية.[1]

ومع هاتين الملاحظتين فإننا نتبين أن الطابع التجريدي يغلب في الحالتين.

---

(١) وفكرة تجريد الالتزام واستقلاله عن العلاقة الأصلية ليست بجديدة على القانون التجاري السعودي كغيره من القوانين التجارية في عدد من البلدان الأخرى، فقد وردت بنظام الأوراق التجارية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ، حيث قضت المادة ١٧ منه بأنه: «ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة،

وبناء على ما تقدم وانطلاقا من صيغة التزام البنك يمكن أن نعرف خطاب الضمان بأنه: تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب عميله لفائدة شخص آخر تربطه علاقة أصلية بالعميل و يعرف بالمستفيد من خطاب الضمان، وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك التزاما غير مشروط بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود لدى أول طلب يتقدمه المستفيد للبنك خلال مدة صلاحية الضمان، وقد يقيد الدفع بوجود تقصير في تنفيذ الالتزام الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد، و يكون للمستفيد حق التقدير المطلق للتقصير في التنفيذ.

وليس لمن أقيمت عليه دعوى الكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بصاحبها أو بحامليها السابقين مالم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكمبيالة الاضرار بالمدين». كما قضت المادة ٢/١٩ من نفس النظام بهذه القاعدة في قولها: «وليس للمدين بالكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بالمظهر إلا إذا قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين».

ونلاحظ أن تطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع والمترتب عليها تجريد الالتزام واستقلاله مشروط بحسن نية الحامل، بحيث أن سوء نية الحامل يجعلنا نستبعد تطبيق القاعدة، وفي نفس السياق نذهب الى القول بأن غش أو تحايل المستفيد يجعلنا نستبعد تطبيق تجريد الالتزام واستقلاله.

الفرع الثاني
أهمية خطابات الضمان

تضطلع خطابات الضمان بدور هام في الحياة الاقتصادية، فهي تحل محل التأمين النقدي لضمان جدية العروض المقدمة في منافسة عامة، ولضمان حسن تنفيذ التزام من الالتزامات المتعلقة بمشتريات الحكومة أو بتنفيذ أعمالها أو بأي عمل آخر، وهي بالتالي تجنب أطراف الالتزام الأصلي كل الإجراءات المعقدة التي يتطلبها التأمين النقدي خاصة في مجال مشتريات الحكومة وتنفيذها، كما تمنح الأطراف العديد من المزايا.

أولا - خطاب الضمان يحل محل التأمين النقدي

قضى نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، كما قضت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بوجوب تقديم ضمان ابتدائي لدى تقديم العروض و بقيمة تتراوح بين ١ و ٢٪ من مجموع قيمة العطاء[1]، وذلك لضمان جدية العطاء، و بوجوب تقديم ضمان نهائي من قبل مقدم أفضل العطاءات والذي أرسي عليه العطاء و بقيمة ٥٪ من مجموع قيمة العقد[2]، وذلك لضمان حسن تنفيذ المشروع والأعمال المناطة بعهدة الملتزم بتنفيذها، سواء كانت هذه الأعمال أعمال مقاولات أو صيانة أو تدريب أو غيرها.

---

(١) المادة ٢/د من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، والمادة ٩ من اللائحة التنفيذية.

(٢) المادة ٧/أ من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، والمادة ٢١ من اللائحة التنفيذية.

وفي حالة عدم تقديم الضمان المؤقت فإنه لا ينظر في العرض من قبل اللجنة المختصة للنظر في العروض[١]، وكذلك الأمر في حالة احضار الضمان في اليوم التالي لفتح المظاريف[٢].

أما في حالة تقديم الضمان المؤقت ناقصا، فالأصل استبعاد العرض، إلا أن هذه القاعدة لا تتسم بالاطلاق، إذا يمكن للجهة الحكومية أن تقبل العرض في حالة توافر الشروط التالية: إذا كان العرض المقدم أقل العروض ويحقق وفرا للخزانة العامة، وإذا كان النقص الوارد في الضمان ضئيلا، وإذا جاء النقص نتيجة خطأ غير مقصود من المتنافس[٣].

---

(١) خطاب وزارة المالية رقم ١٠٠٤٥/٢١ بتاريخ ١٣٩٧/٦/٢٦هـ ردا على برقية الأرصاد الجوية بجدة رقم ١٤٦٠ في ١٣٩٧/٦/٧هـ والتي جاء بها السؤال الآتي: هل يجوز قبول العرض إذا لم يكن مصحوبا بضمان ابتدائي؟: «إنه لا يلفت الى العطاء غير مصحوب بالضمان الابتدائي طبقا للفقرة (د) من المادة الثانية من نظام تأمين مشتريات الحكومة».

(٢) خطاب وزارة المالية رقم ١٣٧٩٤/٢١ بتاريخ ١٣٩٧/٩/١٤هـ ردا على خطاب وزارة البرق والبريد والهاتف رقم ٢/٤٥٢٤ وتاريخ ١٣٩٧/٨/١٠هـ والتى ورد به السؤال الآتي: هل يجوز قبول العرض غير مصحوب بالضمان الإبتدائي بعد احضار الضمان في اليوم التالي لفتح المظاريف؟: «لا يجوز قبول العطاء الغير مصحوب بضمان ابتدائي أو مخالفة لأشكال الضمان طبقا لنص الفقرة (د) من المادة (٢) من النظام، وإذا وجدت حاجة تدعو للإستثناء من النظام، فيمكن عرض الأمر على اللجنة الوزارية طبقا للمادة ١٢ من النظام للنظر في إجازة قبول مثل هذا العطاء».

(٣) تعميم وزارة المالية رقم ١٥٣٧٥/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٩/١١هـ ردا على استفسارات وزارة المعارف. والأمن العام وإمارة منطقة القصيم عن التساؤل الآتي: إذا قدم الضمان الابتدائي ناقصا فهل يستبعد العطاء، أم يجوز اعطاء مهلة لإكماله؟: «كانت وجهة نظر وزارة المالية وجوب التقيد بنص الفقرة (د) من المادة الثانية من النظام والتى بمقتضاها لا يجوز قبول هذا الضمان، إلا أنها مع هذا حاولت ايجاد ما من شأنه أن يحقق المصلحة للطرفين (الجهة الادارية والمتنافس) في حالة تقديم الضمان الابتدائي ناقصا». وقد جاء بهذا التعميم: «إنه إذا كان أقل العروض يحقق وفرا للخزينة العامة ولم يكن مصحوبا بضمان ابتدائي كامل، وتحقق أن النقص في الضمان طفيف مما يغلب معه الظن أنه نتيجة خطأ غير مقصود من المتنافس، فمثل هذا العرض يقبل على اعتبار أن ما حصل كان نتيجة خطأ مادى غير مقصود، و يطلب من صاحب العرض اكمال الضمان خلال ثلاثة أيام من اليوم التالي لفتح المظاريف، أما إذا كان نقص الضمان كبيرا، مما يغلب معه الظن أنه نقص مقصود لسبب كامن في نفس المتنافس، فإن هذا العرض يستبعد على اعتبار أنه مخالف للشروط والمواصفات. و يترك دراسة مثل هذا التقدير للجنة فحص العروض، ولذا حصل خلاف بين أعضائها أمكن الكتابة لوزارة المالية لترجيح الرأي الذي يرى أنه محقق للصالح العام».

وفي حالة عدم تقديم الضمان النهائي، فإنه يجوز للجهة الحكومية أن تمنحه مدة إضافية لا تتجاوز عشرة أيام، وفي حالة انتهاء المدة مع عدم تقديم الضمان النهائي، فللجهة الإدارية الخيار بين مصادرة الضمان المؤقت أو تنفيذ ما تم رسوه على صاحب العرض على حسابه ولها أن ترجع عليه بالتعويض[1].

ويمثل خطاب الضمان الصادر عن أحد البنوك أهم الضمانات التي يتطلبها النظام بديلا عن التأمين النقدي، إذ يتضمن التزام البنك في خطاب الضمان الابتدائي التزاما مستقلا ومجرداً وغير مقترن بشرط أن يضع البنك تحت تصرف الجهة الحكومية المستفيدة من خطاب الضمان مبلغا نقديا يساوي التأمين النقدي، وأن يكون البنك على استعداد لدفعه لدى أول طلب يقدمه المستفيد دون مراعاة لأية معارضة من جانب عميل البنك طالب إصدار الضمان، أما في حالة خطاب الضمان النهائي، فإنه على البنك أن يدفع قيمة الضمان لدى تقديم أول طلب من قبل المستفيد عند تقديره المطلق لتقصير العميل في تنفيذ التزامه الأصلي.

---

(١) المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية للنظام: «يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع في مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه أحد الضمانات المنصوص عليها في المادة (٧) من النظام، مالم يقض النظام بغير ذلك».

المادة ٢٣ من نفس اللائحة: «إذا لم يقم صاحب العرض المقبول بتقديم الضمان النهائي في الميعاد جاز للجهة الادارية أن تمنحه ميعادا إضافيا لا يتجاوز عشرة أيام فاءذا لم يقدمه خلال ذلك كان للجهة الادارية الخيار بين مصادرة الضمان المؤقت، أو أن تنفذ مارسا على صاحب العرض على حسابه وترجع عليه بالتعويضات».

ثانيا ـ مزايا خطابات الضمان

تمنح خطابات الضمان مزايا متعددة لكل الأطراف، سواء كان العميل طالب إصدار خطاب الضمان، أو المستفيد منه، أو أن البنك مصدره.

١ ـ مزايا خطابات الضمان بالنسبة للعميل.

عادة عندما يدخل المقاول مناقصة، وعندما يرسو عليه العطاء و يتعاقد مع الجهة الحكومية، يكون في أمس الحاجة الى السيولة، فتجميد أي مبلغ من النقود كتأمين نقدي لدى الجهة الإدارية مدة طو يلة يزيد من حاجاته المالية التى تتطلبها أعماله، لهذه الأسباب، يكون خطاب الضمان من أحسن الوسائل لعدم تجميد هذه المبالغ، و بالتالي تمكين المقاول من استغلالها واستثمارها في أوجه أعماله، خاصة وأنه، في حالة وجود بنك يقرضه قيمة التأمين النقدي، فإن قيمة الفائدة التى سيدفعها تكون أعلى من قيمة العمولة التى سيدفعها العميل للبنك مقابل إصداره لخطاب الضمان، وذلك لأن البنك لن يدفع قيمة الضمان في أحسن الظروف.

فعملية إصدار خطاب الضمان تعتبر تسهيلا ائتمانيا يمنحه البنك لعميله، وحتى يطمئن البنك على استرجاع ما قد يدفعه للمستفيد، فعادة يطلب من عميله تقديم غطاء نقدي أو عيني مقابل إصدار خطاب الضمان، وتكون قيمة الغطاء أقل من قيمة خطاب الضمان، بحيث يبقى جزء من قيمة الضمان مكشوفا أي دون غطاء، وفي بعض الحالات قد يكتفي البنك بثقته فى العميل وفي سمعته المالية الجيدة، فيصدر خطاب الضمان على المكشوف أي دون أن يطلب منه غطاء لا نقديا ولا عينيا.

ومـن جـهـة أخرى، إذا كان مقدم العرض أو المتعاقد مع الجهة الحكومية مقيما فى الخـارج، فـإنـه يـكـون في غنـى عـن تحو يل العملات الأجنبية المساو ية لقيمة التأمين الـنـقـدي المطلوب إيداعه خزينة الجهة الحكومية، كما يغنيه خطاب الضمان عن اعادة تحو يـل هـذه المبالغ ثانية في حالة عدم رسو العطاء عليه، أو في حالة الانتهاء من تنفيذ الـعـمـلـية المتفق عليها دون مصادرة خطاب الضمان، هذا علاوة على الآثار التى يمكن أن تـتـرتـب على عـملية التحو يل وخاصة منها المتعلقة بتغيير أسعار الصرف في الفترة ما بين تـقـديم التأمين النقدي وإرجاعه، والمتعلقة بتحمل الاجراءات المعقدة التى تتطلبها الرقابة على النقد في بعض البلدان.

ثـم إن خـطـاب الـضمان لا يعتبر أداة وفاء أو أداة ائتمان كأي ورقة من الأ وراق الـتـجـاريـة، ومن ثم فإنه يصدر باسم المستفيد، ولا يجوز له أن يظهره إلى غيره، ولا أن يتنازل عنه لأي شخص من الأشخاص.

٢ ـ مزايا خطابات الضمان بالنسبة للجهة الإدارية المستفيدة منها:

يحل خطاب الضمان بالنسبة للجهة الإدارية المستفيدة منه محل التأمين النقدي من حيـث أنه يعتبر ضمانا كافيا لا يقل أهمية عن الضمان النقدي وذلك لما تتضمنه صيغة شـروط خـطـاب الضمان التى تجعل من التزام البنك المصدر التزاما مستقلا ومجردا، فهو يـلـتـزم بـالـتـسـديد دون أي شرط بل وحتى رغم اعتراض العميل فيمكن للمستفيد أن يحـصل على قيمة خطاب الضمان في أي وقت أراد، أي وكأن قيمة الضمان موجودة في خزائنه.

ومـن جـهـة أخرى، يجنب خطاب الضمان الجهة الإدارية من القيام بالإجراءات الإدارية والمحاسبة المعقدة التى تتطلب وقتا وجهدا من موظفي الإدارة المالية سواء كان عند إيراد الضمان أو عند الإفراج عنه.

وأخيرا قد يكون خطاب الضمان أكثر ملاءمة وتمشيا مع مبدأ سرية المنافسة، فدفع الضمان النقدي إلى الخزانة العامة قد يؤدى إلى تفشي سرية العرض عند معرفة مبلغ الضمان، خاصة وأن الشيك قد استبعد كشكل من أشكال الضمان بموجب تعميم وزارة المالية رقم ١٥٣٧٥/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٩/١١هـ وذلك لعدة أسباب:

السبب الأول: الشيك ليس بأداة ائتمان، فهو أداة وفاء فقط، وقد قضت بذلك المادة ١٠٢ من نظام الأوراق التجارية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/٠/١١هـ في قولها: «الشيك مستحق للوفاء بمجرد الاطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن. وإذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ لإصداره، وجب وفاؤه في يوم تقديمه». ومن جهة أخرى. قضت المادة ١٠٣ من نفس النظام بوجوب تقديم الشيك إلى البنك للوفاء خلال شهر من تاريخ إصداره إذا كان الشيك مسحوبا في المملكة ومستحقا للوفاء فيها، وخلال ثلاثة أشهر إذا كان مسحوبا خارج المملكة ومستحقا للوفاء فيها.

وقضت أيضا المادة ١٠٥ من نفس النظام أنه «للمسحوب عليه أن يوفي قيمة الشيك ولو بعد انقضاء ميعاد تقديمه، ولا تقبل المعارضة من الساحب في وفاء الشيك إلا في حالة ضياعه أو إفلاس حسابه، أو طرأ ما يخل بأهليته». و يستنتج من صيغة هذا النص أنه إذا لم يقدم الشيك خلال المدة المحددة فإنه يمكن للساحب أن يعارض في الوفاء، ثم لا يمكن للمستفيد أن يرجع على البنك في حالة عدم وجود رصيد بعد هذا التاريخ.

وأخيرا قضت المادة ١١٦ من نفس النظام أنه: «لا تسمع دعاوى رجوع الحامل على المسحوب عليه والساحب والمظهر وغيرهم من الملتزمين بعد مضي ستة أشهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك». ولما كانت المدة المحددة لتقديم الشيك للوفاء قصيرة وميعاد سقوط الدعوى قصيرا، ولما كانت المدة المحددة للضمان تفوق عادة هذه

المدد، فإن الضمان بموجب الشيك سيفقد كل أهميته عند تخطي هذه المدة المحددة نظاما.

السبب الثاني: من الناحية النظامية لا يمنح الشيك للجهة الإدارية ضمانا كافيا فيما يتعلق بوجود الرصيد حتى ولو كان مؤشرا عليه من قبل البنك، إذ تنص المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية على أنه: «لا يجوز للمسحوب عليه أن يوقع على شيك بالقبول، وكل قبول مكتوب عليه يعتبر كأن لم يكن، ومع ذلك يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك باعتماده، وتفيد هذه العبارة وجود مقابل وفاء في تاريخ التأشير، ولا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمته. و يعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة اعتماد له».

وإن جاءت الأحكام المتعلقة بالشيك موافقة لقانون جنيف الذي تقرر في مؤتمر جنيف حيث تم الاتفاق على الأحكام الخاصة بالشيك بتاريخ ١٩ مارس ١٩٣١م، فإن نص المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية لا يخلو من بعض التساؤلات. لم يورد نص معاهدة جنيف المتضمنة للقانون الموحد المتعلق بالشيك، أحكاما خاصة بالاعتماد، إلا أن المادة السادسة من الملحق الخاص بالتحفظات قد نصت على أنه:

«كل من الدول المتعاقدة أن تقرر جواز وضع المسحوب عليه بيانا يفيد الاعتماد (Certification) أو التأييد (Confirmation) أو التأشير (Visa)، أو أي بيان آخر مماثل بشرط ألا يترتب على هذا البيان أثر القبول، وأن تنظم أحكامه القانونية».

وقد أخذ المنظم السعودي بهذه الإجازة، وقضى بشكل صريح و واضح بحظر توقيع الشيك بالقبول من قبل المسحوب عليه، وإذا اشتمل الشيك على قبول، اعتبر هذا القبول كأن لم يكن، و بذلك يكون القبول باطلا و يبقى الشيك صحيحا. و يكمن سبب هذا الحكم في أن الشيك أداة وفاء، فهو مستحق الدفع بمجرد الاطلاع، فلا

تتحقق أية فائدة من تقديمه للمسحوب عليه للقبول، فللحامل أن يقدمه للوفاء من بداية انشائه، وهذا على خلاف الكمبيالة المسحوبة لأجل، فهي مستحقة لأجل محدد، وللحامل أن يقدمها للقبول ضمانا لوفائها في تاريخ استحقاقها.

وإلى جانب هذه القاعدة ترك قانون جنيف الموحد الحرية للدول المتعاقدة بأن تضمن تشريعاتها الداخلية نصا يجيز للمسحوب عليه، وضع بيان يفيد الاعتماد أو التأييد أو التأشير ويحدد أحكامه القانونية وآثاره.

وقد عملت المملكة العربية السعودية شأنها في ذلك شأن العديد من البلدان بهذه الإجازة فى نطاق المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية.

وتجدر الملاحظة في هذا الشأن أنه بقدر ما جاءت العبارة الخاصة بالقبول واضحة بمقدار ما جاءت العبارة الخاصة بالاعتماد غامضة وغير ملائمة، فيبدو أن المنظم السعودي قد خلط بين لفظين يختلف مفهومهما لغويا وعرفيا وقانونيا وهما: «الإعتماد ـ Certification» و «التأشير ـ Visa»، فالشيك المعتمد هو شيك يقدم إلى المسحوب عليه من قبل الساحب، وذلك بناء على طلب من المستفيد لوضع بيان عليه من قبل البنك يفيد الاعتماد و يرتب تجميد الرصيد لصالح الحامل لمدة محددة بحيث يصبح المسحوب عليه ملزما بتسديد قيمة الشيك خلال هذه المدة. وعلى خلاف هذا الأثر لا يرتب التأشير إلا اقرار المسحوب عليه بوجود مقابل وفاء للشيك بتاريخ التأشير.

ومقارنة بهذا الوضع في المملكة العربية السعودية، فقد أخذ المشرع الفرنسي بحكم تأشير الشيك بموجب الأمر الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥م، حيث قضت المادة الرابعة منه بأنه «لا يجوز قبول الشيك، وكل عبارة على الشيك تفيد قبوله تعتبر غير مكتوبة».

إلا أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك، و يترتب على هذا التأشير اثبات وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير»[1].

وقد ذهب الفقه والقضاء[2] الى القول بأنه لا يترتب على التأشير تجميد مقابل وفاء الشيك المؤشر عليه، بل يقتصر الأثر على إثبات وجود الرصيد فقط، وذلك لأن تجميد مقابل الوفاء وخاصة لمدة غير محددة يرتب نفس آثار القبول، ومن ثم فهو بمثابة القبول، وهذا ما يحظره القانون صراحة.

ولما كان أثر التأشير إثبات وجود مقابل الوفاء عند تاريخ التأشير، فإن المسحوب عليه يظل ملتزما بتسديد أي شيك آخر يقدم إليه، وهذا على كل رصيد الحساب، حتى ولو لم يقدم بعد الشيك المؤشر عليه للوفاء.

ولما كان التأشير غير ذي فائدة، و يندر التعامل به في الحياة العملية، فقد رأى المشرع الفرنسي لزاما عليه التدخل لتعديل المادة الرابعة السابقة الذكر ووضع نصا مكملا لها بتاريخ ٢٨ فيفري ١٩٤١م يأخذ باعتماد الشيك، فجاء بالمادة الأولى من هذا القانون الجديد: «على الرغم من كل نص مخالف يتحتم على المسحوب عليه اعتماد الشيك الذي يكون له رصيد كاف بتصرف الساحب، وذلك في حالة طلب الاعتماد من قبل الساحب أو الحامل.

و يظل رصيد الشيك المعتمد مجمدا لمصلحة الحامل وعلى مسؤولية المسحوب عليه حتى انتهاء مدة التقديم المنصوص عليها بالمادة ٢٩ من قانون ١٤ جوان ١٨٦٥م المعدل بأمر ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥م.

---

(1) Article 4 du décret français en date du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèque : "le chèque ne peut être accepté. Une mention d'acceptation portée sur le chèque est rèputée non écrite. Toutefois, le tiré a la faculté de viser le chèque. Le visa a pour effet de constater l'existence de la provision à la date à laquelle il est donné".

(2) Trib. de la seine, 5/11/1930, G. P. 1932, II, p. 240. Cabrillac, Enc. Dalloz, Droit commercial, Terme chèque, No 63

ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مطبعة النجوى، بيروت ١٩٦٧م، ص٦٦.

و يعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة الاعتماد له، ولا يجوز للمسحوب عليه رفض الاعتماد إلا لعدم كفاية الرصيد[1]».

أما القانون التونسي، فشأنه شأن القانون الفرنسي، فقد أخذ فى نفس الوقت بإمكانية التأشير والاعتماد وفرق بين الآثار المترتبة على كل منهما[1 2].

---

(1) Loi française du 28 février 1941 relative à la certification du chèque : Art ler : "Nonobstant toutes dispositions contraires, tout chèque pour leque la provision correspondante existe à la disposition du tireur doit être certifié par le tiré si le tireur ou le porteur le demande.
La provision du chèque certifié reste sous la responsabilité du tiré bloquée au profit du porteur jusqu' au terme du délai de présentation fixé par l'article 29 de la loi du 14 juin 1865 modifiée par le décret du 30 octobre 1935.
La certification résulte de la signature du tiré au recto du chèque. Elle ne peut être refusée que pour insuffisance de la provision".

(١) نص الفصل ٣٤٩ من المجلة التجارية التونسية الصادرة بتاريخ ٢ ربيع الثاني ١٣٧٩هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٥٩م على أنه: «لا يخضع الشيك لشرط القبول، وكل عبارة متضمنة للقبول تدرج بالشيك تعتبر لاغيه.
على أنه يجوز للمسحوب عليه التأشير على الشيك وتكون نتيجة هذا التأشير إثبات وجود الرصيد فى تاريخ وضعه».
وجاء نص الفصل ٣٥٠ من نفس المجلة متعلقا بالاعتماد، فقض بأنه: «يجب على المسحوب عليه أن يشهد باعتماد الشيك الذى توفر الرصيد المقابل له المسحوب عليه متى طلب ذلك منه الساحب أو الحامل، هذا برغم ما تقتضيه أحكام أخرى مخالفة لهذا النص.
يبقى رصيد الشيك المشهود باعتماده فى ضمان المسحوب عليه وقفا على الحامل إلى نهاية آجال العرض المعينة بالفصل ٣٧٢.
تكون الشهادة باعتماد الشيك ناتجة عن توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك، ولا يجوز رفضها إلا لعدم كفاية الرصيد».

(٢) أما القانون اللبناني، شأنه فى ذلك شأن القانون السوري والقانون الأردني، فانه لم يأخذ إلا بإمكانية التأشير.
وتجدر الإشارة إلى أنه لم يقع فى الخلط بين التأشير والاعتماد فقد نصت المادة ٤١٢ من قانون التجارة اللبنانى على أنه:
«لا يخضع الشيك لشروط القبول، وإذا كتب على الشيك عبارة تختص بالقبول فتعد لغوا.
إلا أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك وتكون نتيجة هذا التأشير إثبات وجود المؤونة بتاريخ إصدار الشيك».
وفى نفس الاتجاه، المادة ٥١٨ من قانون التجارة السورى، والمادة ٢٣٢ من قانون التجارة الأردني.

فبالمقارنة مع القانونين الفرنسي والتونسي من جهة ومع القوانين اللبنانيه والسوريه والأرديه، نتبين أن المنظم السعودى قد أورد نصا غامضا وغريبا فى هذا الشأن، فقد استعمل عبارة «الاعتماد» ورتب عليه آثار التأشير.

فعبارة الاعتماد تفيد، عرفا وقانونا طبقا للقانون الموحد لجنيف، الحجز لمدة محددة وذلك حتى لا يترتب على الحجز غير المحدود القبول، فى حين أن المنظم السعودي انصرف إلى ترتيب اثبات وجود مقابل الوفاء عند اعتماد الشيك، الشيء الذى يؤدى إلى القول بتناقض عبارات هذه المادة من جهة، و بعدم جدواها من الناحية العملية من جهة أخرى.

ولتعليل هذا الموقف، قد يمكن القول بأن ما وصل اليه المنظم السعودى قد نتج عن إدماج العبارتين «الاعتماد والتأشير» وفى استعمالهما فى آن واحد. فقد قضت المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية بعدم جواز قبول الشيك من قبل المسحوب عليه، ثم استعملت عبارتي التأشير بالاعتماد، ورتبت عليهما الآثار القانونية المترتبة على التأشير، ثم بعد ذلك استعملت الادة عبارة الاعتماد فقط عندما ألزمت المسحوب عليه باعتماد الشيك إذا كان لديه مقاول وفاء يكفي لدفع قيمة الشيك وعندما اعتبرت توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة الاعتماد.

وعلى الرغم من هذا التناقض بين العبارة المستعملة والآثار المترتبة عليها، فإننا نعتقد أن المنظم السعودى قد أراد بعبارة «اعتماد» «التأشير» وذلك بالرجوع إلى المذكرة التفسيرية للنظام، حيث ورد بها معنى الاعتماد واضحا ولايثير أى شك، فقد جاء بها: «ولكن المادة ١٠٠ أجازت توقيع المسحوب عليه على الشيك إذا لم يقصد به القبول، كأن يقصد به اعتماد الشيك، ورتب على هذا الاعتماد وجود مقابل وفاء الشيك لدى المسحوب عليه».

وأمام غموض هذه المادة، وأمام ترجيح تطبيقها فى اطار التأشير وما يترتب عليه، رأت البنوك العاملة فى المملكة العربية السعودية ضرورة معالجة الوضع، فضمنت نموذج الطلب المقدم من قبل الساحب لاعتماد[1] الشيك شرطا يمكن البنك من حجز المبلغ المعتمد.

وقد جاءت عبارة النموذج «طلب تصديق شيك» والمعمول به فى أحد البنوك[2] بالعبارة الآتية: «نرجو حضرتكم أن تؤشروا بعبارة مقبول الدفع على الشيك المرفق...

وبموجب كتابنا هذا نفوضكم تفويضا لا رجوع عنه بحجز مؤنة الشيك أعلاه وتحويل قيمته من حسابنا لديكم الى حساب خاص لديكم لدفعها حين عرضه عليكم من قبل المجير الأخير».

وتثير هذه الصيغة بعض الملاحظات: تتعلق الملاحظة الأولى بعبارة «مقبول الدفع» ودون تحديد مدة لحجز قيمة الشيك، فنص المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية يحظر قبول الشيك، وكل عبارة فى هذا المفهوم تعتبر كأن لم تكن فوجودها يماثل عدم وجودها.

وتتعلق الملاحظة الثانية بالآثار المترتبة على وجود هذه العبارة، حيث أنه إذا اعتبرت عبارة «مقبول للدفع» كأن لم تكن فإنها لا ترتب أي أثر قانوني، و يعتبر الشيك شيكا عاديا.

وتتعلق الملاحظة الثالثة بالتفويض بحجز المؤنة وتحويلها إلى حساب خاص لفائدة الحامل، فهذه الصيغة ترتب آثار التحويل لا آثار الاعتماد، وبذلك يكون الطلب بمثابة

---

(١) تستعمل فى الحياة العملية فى المملكة العربية السعودية عبارة «تصديق» للدلالة على عبارة «اعتماد».

(٢) نموذج و د ٨٢/١٢٤ معمول به فى البنك العربي الوطني.

تحويل مبلغ من حساب الآمر لحساب خاص لفائدة المستفيد، ومن ثم تتحول هذه العملية من اعتماد إلى عملية تحويل[1].

وإزاء هذه المآخذ، اتجهت البنوك العاملة فى المملكة العربية السعودية الى التخلي شيئا فشيئا عن هذه الاجراء المتعلق بالاعتماد حتى أن التعامل به فى الحياة العملية أصبح نادرا. واستعاضت البنوك عن هذا الإجراء بما يعرف «بطلب إصدار شيك»، ويتمثل هذا الاجراء فى طلب يكتبه الساحب على ظهر الشيك المراد «اعتماده» بالصيغة الآتية أو بما يعادلها : «أرجو اعتماد هذا الشيك» مع ذكر التاريخ والتوقيع. وبناء على هذا الطلب يقوم البنك بحجز قيمة الشيك، وبإصدار شيك آخر للمستفيد مسحوبا على المركز الرئيسي للبنك مصدر الشيك، وبالاحتفاظ بالشيك الأصلي. وبهذا تنقسم العملية، من الناحيتين القانونية والعملية، إلى قسمين، يتمثل الجزء الأول منها فى حجز المبلغ لفائدة البنك، ويتمثل الجزء الثاني فى سحب شيك من قبل البنك على نفسه، وبالتالي فإنه يكون الساحب والمسحوب عليه فى نفس الوقت. ويلتزم بتسديد قيمة الشيك بهتين الصفتين. وهنا أيضا، نتبين أنه لا يمكن اعتبار هذا الاجراء اعتمادا من الناحية القانونية.

ولكل هذه الأسباب، نرى ضرورة تدخل المنظم السعودى فى هذا الشأن لتنظيم عملية الاعتماد بشكل دقيق بحيث لا يثير أي إشكال.

وفى كل الأحوال فإننا نعتقد أن الشيك يبقى أداة وفاء، ومن ثم يكون غير صالح كأداة للضمان، وحتى فى حالة اعتماده، فان هذا الاعتماد يجب أن يكون محدد المدة،

---

(١) انظر فى هذا الشأن : علي البارودى، **العقود وعمليات البنوك التجارية**، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٨٤ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٧١.

H. et M. Cabrillac, le chèque et le virement, 4e Edition, p 172.

وإلا فإنه اعتبر قبولا، و بالتالي اعتبر كأن لم يكن، وفى حالة إصدار شيك على المركز الرئيسي، فإن الشيك يكون محدود المدة بالنسبة لتقديمه للوفاء.

و بذلك فإننا نتبين أن خطابات الضمان تمثل أفضل الوسائل للمحافظة على حقوق الجهة الإدارية من جهة وعلى سرية المنافسة من جهة أخرى.

٣ ـ مزايا خطابات الضمان بالنسبة للبنك المصدر

عندما يصدر البنك خطاب ضمان، فإنه يتقاضى مقابل ذلك عمولة يختلف مبلغها باختلاف قيمة الضمان و باختلاف أجله، على ألا يتعدى هذا المبلغ الحد الذى قضت به «تعريفة الخدمات المصرفية المقدمة من قبل البنك العاملة بالمملكة» التى وضعتها مؤسسة النقد العربي السعودى[1].

ثم إن إصدار خطاب الضمان لايكلف البنك عادة إلا النفقات الإدارية، حيث لا يسدد قيمتها للمستفيد. فى أغلب الحالات، وحتى فى حالة دفع قيمة الضمان للمستفيد من قبل البنك، فهو لايتحمل خسارة جسيمة. وذلك لأن البنك عند اصداره لخطاب الضمان، فإنه يطالب عميله بغطاء وتعهدات قد تصل الى قيمة الخطاب، وهذا من شأنه أن يضمن له استرجاع ماتم دفعه للمستفيد.

وأخيرا يعتبر إصدار خطابات الضمان من العمليات التى تقوم بها البنوك لفائدة عملائها الذين تربطهم بها علاقات بنكية أخرى، وعملا لايمكن للبنك أن يقوم ببعض العمليات لفائدة عملائه و يترك البعض الآخر، وإنما يتعين على البنك أن يقوم بعمل

(١) تعميم مؤسسة النقد العربي السعودى رقم م/أ/٢٩١ وتاريخ ١٣٩٩/٩/١٩هـ الموافق ١٩٧٩/٨/١٢م.

«٨ ـ خطابات الضمان :٪ فى المائة فى السنة لغاية ١٠ ملايين ريال.

٪ فى السنة على مايزيد عن العشرة ملايين ريال الأولى»

وتجدر الملاحظة أن هذه التعريفة تمثل الحد الأعلى المسموح به، بحيث يجوز للبنوك أن تتقاضى من عملائها أقل من ذلك.

متكامل لصالح العملاء وذلك حتى يتمكن من جذبهم والمحافظة عليهم، وذلك لأنه من الأ يسر على العميل أن يتعامل مع بنك واحد بالنسبة لكل ما يحتاجه من خدمات.

الفرع الثالث
أنواع خطابات الضمان

عرفت الحياة العملية عددا كبيرا من خطابات الضمان، ولتحديد أنواعها، فإنه ممكن تقسيم أهمها، طبقا لما ذهب إليه الفقه[1]، إلى أربعة أقسام أخذا فى الاعتبار طبيعتها القانونية، وعرضها، وموطن المصدر لها، والجهة التى تصدرها.

أولا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث طبيعتها القانونية

انطلاقا من صيغة خطاب الضمان، نتبين أنه يمكن تقسيم خطابات الضمان إلى نوعين: مقيدة وغير مقيدة. وخطابات الضمان المقيدة تتضمن صيغتها شرط إخلال العميل الكفيل بالتزاماته، وإن كان للمستفيد دون غيره سلطة التقدير المطلق لوجود تقصير فى تنفيذ شروط العقد الأصلي، ومن ثم، يكون تنفيذ البنك لالتزامه، أي دفع قيمة خطاب الضمان معلقا على شرط وجود التقصير.

---

(١) انظر فى هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٤

أما خطابات الضمان غير المقيدة، فهي التي يتعهد بموجبها البنك، بدفع قيمتها دون أي قيد أو أي شرط وبمجرد طلبها من المستفيد، دون الرجوع إلى العميل وحتى فى حالة معارضته بحيث كون التزام البنك مستقلا ومجردا.

ثانيا - تقسيم خطابات الضمان من حيث غرضها

يختلف الغرض من إصدار خطابات الضمان، فمنها مايمكن العميل طالب إصدار خطاب الضمان من الاشتراك فى المناقصات والمزايدات العامة فى تنفيذ المشروعات العامة و بدون تقديم خطاب الضمان لايمكن له أن يقوم بهذه المشاركة، ومنها مايتعلق بالاعتمادات المستندية. ومنها مايتعلق بسفر المتعاقدين، ومنها مايتعلق باستخدام الأ يدي العاملة، إلى غير ذلك من الأغراض التى يمكن أن تصادف الحياة العملية.

ومن هذا المنطلق يمكن تقسيم خطابات الضمان فى هذا الإطار إلى خطابات ضمان لازمة للمشاركة فى المناقصات والمزايدات العامة وفى تنفيذ المشاريع العامة وفى صيانتها وإلى خطابات ضمانات متعلقة بالاعتمادات المستندية والى خطابات ضمان أخرى.

١ - خطابات الضمان اللازمة للمشاركة فى المناقصات والمزايدات العامة وفى تنفيذ المشاريع العامة وفى صيانتها:

قضى نظام تأمين المشتريات الحكومية، وتنفيذ مشروعاتها بوجوب تقديم خطاب ضمان يختلف باختلاف نوع وموضوع العملية. فيأتي خطاب الضمان فى صورة خطاب ضمان ابتدائي أو مؤقت، وخطاب ضمان نهائي أو حسن تنفيذ، وخطاب ضمان عن دفعات مقدمة أو سلفة، وخطاب ضمان صيانة.

أ ـ خطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت:

يقصد به الخطاب الذى يطلب من الشركات والهيئات والأفراد الذين يتقدمون للمشاركة فى العطاءات أو المناقصات أو المزايدات الحكومية حيث تقضي المادة الثانية ردا من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها والمادة ٩ من اللائحة التنفيذية، بأن يتضمن كل عرض ضمانا ابتدائيا يتراوح بين ١٪ و ٢٪ من قيمة العرض وذلك وفقا لما تحدده الشروط والمواصفات. وكل عرض لايتضمن هذا الضمان، لا ينظر فيه من قبل اللجنة المختصة.

وتتمثل الحكمة الأساسية من تقديم خطاب الضمان الابتدائي فى ضمان جدية العرض المقدم إلى الجهة الحكومية، بحيث توجد فترة زمنية بين تقديم العطاء وارسائه وتوقيع العقد، وقد يسحب خلال هذه المدة مقدم العرض عطاءه، أو قد يرفض التعاقد بعد إرساء العطاء عليه وذلك نتيجة تغير الأسعار فى غير صالحه أو خطأ فى تقديره. وفى هذه الحالات يكون للجهة الإدارية حق مصادرة خطاب الضمان المؤقت.

ب ـ خطاب الضمان النهائى أو لحسن التنفيذ:

تقوم اللجنة المكلفة بدراسة العروض التى قدمت إليها فى الآجال وحسب الشروط الواردة باعلان المناقصة أو بكراسة الشروط، ثم يقع الإختيار على اجورها وأقلها تكلفة، كما يقع الارساء والبت فيها لصالح صاحب هذا العرض، وعندئذ وقبل التعاقد بين الجهة الحكومية وصاحب هذا العرض، يتعين على هذا الأخير تقديم ضمان بنكي نهائي بواقع ٥٪ من قيمة العقد، أما إذا كان الضمان تعهدا من احدى شركات التأمين فيجب ألا تقل قيمته عن ٢٥٪ من قيمة العقد[١]. و يودع الضمان فى مدة لا تتجاوز

(١) المادة ٧ من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لاخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه[2]. ويمكن للجهة الإدارية أن تمنحه مدة إضافية لا تتجاوز عشرة أيام[3].

ويحل خطاب الضمان النهائي محل خطاب الضمان الابتدائي الذى يصبح لاغيا لمجرد تقديم صاحب العرض المقبول لخطاب الضمان النهائي. أما فى حالة فشل صاحب العرض فى تقديم خطاب الضمان النهائي لأي سبب من الأسباب فقد سبق أن بينا أنه يكون للجهة الحكومية حق مصادرة قيم الضمان الابتدائي.

وتسري مدة صلاحية خطاب الضمان النهائي طوال مدة العقد، فتحتفظ به الجهة الحكومية إلى أن يتم تنفيذ التزامات المقاول أو المتعهد[4]، على أنه يمكن تمديد صلاحية الضمان عند مد مدة العقد.

وتكمن الحكمة من تقديم هذا الخطاب فى ضمان حسن تنفيذ ماتعهد به المتعاقد مع الجهة الحكومية، بحيث يكون لها حق مصادرته كلما قدرت هي و بشكل مطلق، وجود تقصير فى تنفيذ الالتزامات.

ج ـ خطابات ضمان الدفعة المقدمة أو السلفة:

قد يحدث فى أغلب الحالات أن يتقدم المتعاقد مع الجهة الحكومية بطلب للحصول على دفع نسبة من قيمة العقد مقدما وذلك حتى يتمكن من تمو يل المشروع بيسر لاسيما إذا كان المشروع كبيرا، وقد أجاز نظام تأمين مشتريات الحكومة ذلك، فقد نصت

---

(٢) المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادة ٢٣ من نفس اللائحة.

(٤) المادة ٢٤ من نفس اللائحة.

المادة ٨/أ على أنه: «يجوز للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقدمة فى حدود ٢٠٪ عند التوقيع على العقد مقابل خطاب ضمان مساو لهذه القيمة، وتحسم هذه الدفعة على أقساط طبقا للمستخلصات».

وتجدر الملاحظة أن هذه المادة قد قضت بالحد الأقصى، معنى ذلك أنه يجوز أن تكون الدفعة أقل من ٢٠٪ ولا يجوز أن تتعدى هذه النسبة.

و يبقى التساؤل قائما، فى حال دفع نسبة أقل من ٢٠٪، حول ما إذا كان للجهة الحكومية أن تكملها فى حدود ٢٠٪. وفى هذا الشأن ترى وزارة المالية: «إن للجهة الإدارية إذا رأت عند توقيع العقد الاكتفاء بصرف دفعة فى حدود ١٠٪ ونصت على ذلك صراحة فى العقد، فإن هذا حجة على المتعاقد وملزمة له، أما الجهة الإدارية فهي حرة فى زيادة هذه النسبة إلى الحد الأقصى المنصوص عليه فى النظام وهو ٢٠٪ متى استبان لها أن ثمة ظروفا أو ضرورة تستلزم هذه الزيادة و بشرط تقديم خطاب الضمان البنكي مقابل مايتم صرفه، لأن الذى يملك صرف هذه الدفعة عند توقيع العقد يملك ذلك أثناء سريان العقد، مادام النظام جعل هذا مرتبطا بسلطته التقديرية».

وتجدر الملاحظة أن هذا الرأى لايتمشى مع رأى سابق صدر عن نفس الوزارة ومتعلق بالتساؤل عن امكانية صرف الدفعة المقدمة بعد مضي مدة على البدء فى العمل، حيث جاء بهذا الرأي[1]: «إن صرف الدفعة المنصوص عليها فى المادة ٨ فقرة أ أمر جوازى يرجع لتقدير الجهة الإدارية، وهذه الدفعة مقدمة مقابل ضمان بنكي عند توقيع العقد بغية مساعدة المقاول فى البدء فى عمله، فإذا لم تصرف هذه الدفع ابتداء، فليس

---

(١) خطاب وزارة المالية رقم ٧٣٢٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٤/٢٣هـ، ردا على خطاب الأرصاد الجوية بجدة رقم ١٨٩٨/١٠/٨ وتاريخ ١٣٩٩/٤/٧هـ.

خطاب وزارة المالية رقم ١٠٩٧٩/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٦/٢١هـ ردا على خطاب قوى الأمن الداخلي رقم ١٠٥٤ وتاريخ ١٣٩٨/٦/١٤هـ.

هناك ضرورة لدفعها فى نصف مدة العقد أو نهايته ، وإنما على الجهة الإدارية أن تصرف له الدفعات حسب تقديم العمل ، بحيث لا تتجاوز قيمة المدفوع ماتم من عمل ....» .

وفى هذا الشأن يمكننا القول ، بأنه كان على وزارة المالية توحيد موقفها فى حالتى منح الدفعة أو الزيادة من نسبتها أثناء سريان العقد . ونعتقد أن عدم إمكانية صرفها فى الحالتين أقرب الى عبارة المادة ٨/أ من النظام التى حددت و بشكل صريح ميعاد صرفها وهو «عند التوقيع على العقد» ومن ثم كل صرف بالمنح أو بالإكمال بعد هذا الوقت يعتبر مخالفا لعبارة النص .

ولعل التعميم المتعلق بتخفيض الدفعة المقدمة والصادر عن ديوان رئاسة مجلس الوزراء برقم ٣/ي/١٧١٠١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٨ قد جاء فى نفس الاتجاه الضيق لنص المادة ٨/أ من نظام تأمين مشتريات الحكومة ، حيث وضع قيودا للسلطة التقديرية التى منحتها المادة ٨/أ للجهة الإدارية . فقد أقر التعميم قاعدة جواز صرف الدفعة المقدمة عند توقيع العقد إلا أنه منع أن تتجاوز ١٠٪ من قيمة العقد ، وعلى أن لا تتجاوز قيمته مهما كانت قيمة العقد مبلغ خمسين مليون ريال أو ما يعادله ، كما حظر صرف دفعات مقدمة فى حالة تجديد العقد أو التكليف بأعمال إضافية[1] .

و يتميز خطاب ضمان الدفعة المقدمة بإمكانية تخفيض قيمته تدريجيا وذلك بموجب تعليمات خطية من الجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان تقتضي بتخفيض قيمة

---

(١) نص تعميم ديوان رئاسة مجلس الوزراء :

«أولا ـ مع التقيد بما يقضي به نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ، لا يجوز أن تزيد نسبة الدفعة المقدمة حسب نص المادة (٨/أ) من نظام المشتريات والتى يجوز صرفها عند توقيع العقد على ١٠٪ عشرة بالمائة من قيمة العقد . ولايجوز أن تتجاوز قيمة تلك الدفعة مبلغ خمسين مليون ريال أو مايعادله مهما كانت قيمة العقد .

ثانيا ـ لايجوز صرف دفعات مقدمة فى حالة تجديد العقد أو التكليف بأعمال إضافية» .

خطاب الضمان واعتبار القيمة بالرصيد المتبقي[1]، وذلك على خلاف خطابات الضمان النهائية التى لاتخضع للتخفيض بنسبة العمل المنجز إلا فى الحالات الاستثنائية التى قضت بها المادة ٧/ج من نظام مشتريات الحكومة، التى نصت على أنه : «يجوز تخفيض الضمان النهائي فى عقود التشغيل والصيانة تدريجيا حسب تنفيذ الأعمال شريطة ألا يقل عن الضمان اللازم لقيمة الأعمال المتبقية من العقد.

د ـ خطابات ضمان الصيانة:

تطلب الجهة الإدارية هذا النوع من خطابات الضمان من المقاولين الذين تتعاقد معهم لتنفيذ عقود الصيانة التى رست عليهم، و يكون الغرض منها كفالة حسن تنفيذ عقد الصيانة على المعدات والآلات أو على الطرق أو على المباني الى غير ذلك وتعتبر خطابات ضمان الصيانة نوعا من خطابات ضمان حسن التنفيذ، ولا تختلف عنها إلا فيما يتعلق بجواز تخفيض قيمتها تدريجيا طبقا لما أوردته المادة ٧/ج من نظام مشتريات الحكومة.

---

(١) وقد ذهبت وزارة المالية إلى أبعد من ذلك فى ردها بخطابين رقم ١١٢٢٣/٢١ وتاريخ ١٣٩٧/٨/١٨هـ ورقم ٩٥٣٠/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٥/٢٧هـ، الأول خاص بتساؤل وزارة الداخلية للجوازات والأحوال المدينة الوارد بخطابها رقم ٣٠٠١ وتاريخ ١٣٩٧/٦/٢٧هـ على النحو التالي : «هل يجوز تخفيض الضمان المقدم لقاء صرف دفعة الـ ٢٠٪ المشار إليها فى المادة ٨ فقرة أ؟» والثاني متعلق بتساؤل وزارة الزراعة والمياه الوارد بخطابها رقم ١٧٨٢٩/٢٣ وتاريخ ١٣٩٩/٥/١٧هـ على النحو التالي: «ما مدى إمكانية تخفيض ضمانات الدفعة المقدمة بما يتناسب مع ماهو مخصوم من «المستخلصات» الموقف صرفها لعدم توفر المبالغ اللازمة بميزانية الجهة ؟»».

وقد جاء رد وزارة المالية بالصيغة التالية : «إن على الجهة الحكومية أن تشعر البنك الصادر منه خطاب الضمان بتخفيض قيمته بنفس النسبة فى الدفعة التى تم حسمها طبقا للمستخلصات وذلك بدون طلب من المتعاقد منها، وفى نفس تاريخ الحسم.

وإذا كانت المستخلطات لم تصرف للمتعاقد لأسباب ترجع للإدارة نفسها، فليس من العدل أن يتحمل المتعاقد نتائج ذلك، وكون المستخلصات لم تصرف لعدم وجود مبالغ فى الميزانية لايحول دون تخفيض الضمان مقابل الأقساط المحسومة من هذه المستخلصات المستحقة الدفع للمقاول التى حال دون صرفها عدم توفر المبالغ».

٢ ـ خطابات الضمان المتعلقة بالاعتمادات المستندية:

و ينقسم هذا النوع الى قسمين: خطابات ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد المستندي، وخطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندي لم تصل بعد الى البنك وتعرف أيضا باسم كفالات بواخر.

أ ـ خطابات ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد المستندي:

تعتبر المملكة العربية السعودية من الدول التى تضم عددا كبيرا من التجار المحليين والمتعهدين الذين يقومون باستيراد بضائع ومعدات من الخارج إما لأغراض تجارتهم أو لتنفيذ عملية توريد لحساب جهات إدارية طبقا لشروط ومواصفات معينة، وهذا من شأنه أن يجعل البضاعة المطلوب استيرادها ذات طبيعة خاصة تتطلب تصنيعا ومواد من نوع خاص. وحتى يضمن المصدر جدية العملية. وحتى يتمكن من القيام بالعمل في أحسن الظروف، كثيرا ما يطلب من المستورد دفع مبالغ مقدمة من قيمة الاعتماد يتم خصمها من قيمة المستندات المقدمة والمطابقة لشروط الاعتماد المفتوح لفائدة المصدر.

ومن جهة المستورد، وحتى يتفادى كل خطر ينتج عن فتح الاعتماد لفائدة المصدر، وحتى يضمن شحن البضاعة في الوقت المحدد، ومن ثم تنفيذ شروط الاعتماد حسب ما ورد في خطاب الاعتماد، فإنه يطلب خطاب ضمان يكفل شحن البضاعة في الموعد المحدد وطبقا للشروط الواردة في الاعتماد.

و يصدر خطاب الضمان مطابقا للشروط الواردة في الاعتماد من حيث قيمته ومدة صلاحيته والغرض الذي صدر من أجله.

ب ـ خطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندي لم تصل إلى البنك: كفالات البواخر:

قد يحدث أن تصل البضاعة التي يفتح لأجل استيرادها اعتماد مستندي قبل وصول مستنداتها الأصلية إلى البنك، وحتى يتمكن المستورد من الحصول على أمر تسليم البضاعة الواردة إليه، وبالتالي يتمكن من تسلمها حتى يتجنب تعرض البضاعة للتلف نتيجة تخزينها بالجمارك إلى أن تصل المستندات الأصلية المتعلقة بها، تطلب شركات الملاحة أو وكلاؤها من المستوردين تقديم خطاب ضمان من أجل تسليمهم البضاعة المستوردة. وعادة يتم إصدار هذه الخطابات من البنك الذي تم بواسطته فتح الاعتماد المستندي.

وتتضمن هذه الخطابات كفالة تقديم بوليصة الشحن الأصلية عند وصولها، ولا تتعلق بضمان دفع قيمة البضاعة التي تم تسليمها للمستورد.

ولما كانت الكفالة تمكن المستورد من تسلم هذه البضاعة فإن البنك يكون قد تنازل عن ملكيته لهذه البضاعة، وذلك لأنه في الأصل ترد بوليصة الشحن باسم البنك ضمانا له من المخاطر التي قد يتعرض لها في حالة عدم قدرة المستورد على تسديد قيمتها، ولهذا السبب وقبل إصدار خطاب الضمان، عادة ما يقوم قسم الاعتمادات المستندية باستيفاء قيمة البضاعة كاملة.

٣ ـ خطابات ضمان أخرى:

قد تتعدد أنواع خطابات الضمان بتعدد الأغراض التي من أجلها يطلب تقديمها، فقد تلجأ البنوك إلى وضع نوع جديد من خطابات الضمان كلما اقتضت الحاجة ذلك، ولهذا سوف يقتصر التعداد على البعض منها على سبيل المثال.

أ ـ خطابات ضمان سفر المدرسين:

تطلبها وزارة التربية والتعليم من المدرسين الذين يرغبون في السفر خلال العام الدراسي سواء كان بمناسبة عطل الأعياد أو العطلة نصف السنوية. ويصدر خطاب الضمان بقيمة راتب شهرين وما تبقى من قيمة بدل السكن.

ب ـ خطابات ضمان لصالح المصالح الضريبية أو الجمركية:

تقضي بعض القوانين المالية في العديد من البلدان بوجوب تقديم تأمين نقدي أو كفالة شخصية أو خطاب ضمان لتحصيل الرسوم أو الضرائب التى قد يجب تسديدها[1].

ج ـ خطابات ضمان لاستقدام أيدي عاملة:

تطلب وزارة الداخلية في بعض الحالات تقديم خطاب ضمان لتشغيل الأيدي العاملة المستقدمة في الغرض الذي طلبت من أجله.

---

(١) نذكر من هذه الأنظمة والقوانين على سبيل المثال:
ـ المجلة الجمركية الفرنسية (Code des douanes francais) وخاصة منها المواد: ١١٢، ١٢٠، ١٢٧، ١٥١، ١٧٥٠.
ـ المجلة العامة للأداءات الفرنسية (Code Général des Impots francais) وخاصة منها المواد: ١٦٥، ٣٥٣، ٣٥٤.
ـ قانون الجمارك المصري الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م، وخاصة منه الواد: ٦٤، ٦٦، ٧٠، ٩٨.
ـ نظام الجمارك في المملكة العربية السعودية الصادر بموجب الموافقة العالية عليه برقم ٤٢٥ وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥هـ واللائحة التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية والاقتصاد الوطني.

د ـ خطابات ضمان لتغطية التزامات بعض الأشخاص أو المؤسسات من موزعين أو تجار:

تطلب بعض المؤسسات من موزعيها المعتمدين تقديم خطاب ضمان من أجل تسديدهم قيمة البضاعة التى قاموا ببيعها لحسابهم.

ثالثا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث موطن البنك المصدر

تنقسم خطابات الضمان في هذه الحالة إلى خطابات ضمان محلية وأخرى خارجية

١ ـ خطابات الضمان الصادرة عن بنوك محلية:

هي التى تصدرها البنوك المحلية العاملة في المملكة بناء على طلب من العميل، و يتم في الأصل اصدار الضمان لمستفيد مقيم في المملكة، وفي هذه الحالة، يخضع للأنظمة المعمول بها في المملكة.

إلا أنه قد يحدث أن يطلب العميل من البنك المحلي الذى يتعامل معه إصدار خطاب ضمان لفائدة شركة أو مؤسسة أو شركة يكون موطنها بالخارج. وفي هذه الحالة، تتبع نفس الاجراءات المتبعة في عملية اصدار خطاب ضمان لفائدة مقيم في المملكة، سواء كان فيما يتعلق باستيفاء الغطاء من العميل، أو بالعمولة، أو بالقيود المحاسبية، وكل ما يختلف بين العمليتين يتعلق بنموذج خطاب الضمان الصادر و بصيغته، فعادة تطلب الشركات الأجنبية أن يتضمن خطاب الضمان شروطا مصاغة

حسب نظام دولتها، وخاصة منها الشرط القائل بأن أي نزاع يطرأ بشأن خطاب الضمان يخضع لأنظمة وقوانين دولة الجهة المستفيدة.

هذا وتجدر الاشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يتم الاتفاق مع المستفيد على إخضاع خطاب الضمان للقواعد والأعراف الموحدة للكفالات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في منشورها رقم ٣٢٥ سنة ١٩٧٨م. ولهذه الأسباب، تكون البنوك المحلية شديدة الحرص عند صياغة خطابات الضمان الصادرة لمستفيد أجنبي.

٢ ـ خطابات الضمان الصادرة عن البنوك الأجنبية:

تصدر هذه الخطابات بنوك تعمل خارج المملكة بناء على طلب مؤسسة أو شركة أجنبية. فقد يكون أحد طرفي التعاقد، وخاصة في حالة التعاقد مع المصالح الحكومية، مقيما خارج المملكة، و يطلب منه تقديم خطاب ضمان ضمانا للوفاء بالتزاماته. فيلجأ الطرف غير المقيم إلى البنك الذى يتعامل معه في موطنه بالخارج من أجل اصدار خطاب ضمان.

وفي هذا الشأن قضى قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٤٨٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ، المتضمن تعديل المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة، بوجوب تقديم خطاب الضمان الصادر عن بنك أجنبي بواسطة بنك يعمل في المملكة كما قضى بوجوب التقيد بما جاء فى تعميم وزارة المالية والاقتصادية رقم ١١/م/١٢٤٠٧ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٥ وتعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم ١١٤٨١/م/٣٥٤ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٨هـ.

ولهذه الأسباب، يعمد البنك الأجنبي المقيم في الخارج، إما إلى إصدار الضمان بنفسه وإرساله إلى أحد البنوك في المملكة، و يكون مراسله في المملكة، وذلك للاشتراك معه في الضمان، وإما أن يقتصر على أن يطلب من مراسله في المملكة لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد نيابة عنه.

رابعا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث عدد البنوك المصدرة:

يمكن أن تصدر خطابات الضمان من بنك واحد ومن عدة بنوك.

١ ـ خطابات الضمان الصادرة عن بنك واحد:

يتمثل الأصل فى هذا الشأن فى أن يصدر خطاب الضمان من قبل بنك واحد، و يكون هذا البنك مسؤولا عن تسديد قيمة الضمان بكامله فى حالة مصادرته. فهو الملتزم الوحيد أمام المستفيد.

٢ ـ خطابات الضمان الصادرة عن عدة بنوك: وتعرف باسم كفالات المشاركة.

قد يحدث أن يصدر خطاب الضمان عن عدة بنوك، و يلتزم كل بنك بأداء نسبة معينة من قيمة الضمان. وقد أجاز هذا النوع من الضمان خطاب وزارة المالية والاقتصاد الوطنى رقم ١٧/١٠٣٨٥ وتاريخ ١٠/٦/١٣٩٨هـ، وذلك لتجاوز القيود التى جاء بها نظام مراقبة البنوك، بحيث لايجوز لأى بنك تجاوز الحد الذى قضت به المادة الثامنة من نظام مراقبة البنوك[١]، فقد ترد على بعض البنوك طلبات إصدار خطابات ضمان من عميل بقيمة تتجاوز الحد الأعلى الذى قضت به المادة ٨ من نظام مراقبة البنوك، فحتى توفق هذه البنوك بين الأمرين ـ الطلبات وخدمة العميل من جهة، والحد الأعلى من جهة أخرى ـ فقد تلجأ هذه البنوك لمشاركة بعض البنوك الأخرى فى

---

(١) المادة ١/٨ من نظام مراقبة البنوك: «يحظر على أى بنك أن يعطى قرضا أو أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة أو ضمانا أو أن يتحمل أى التزام مالى آخر لصالح أى شخص طبيعى أو اعتبارى بمبالغ يتجاوز مجموعها (٢٥٪) خمسة وعشرين فى المائة من مجموع احتياطيات البنك وراس ماله المدفوع الأول المستثمر. ويجوز للمؤسسة لمقتضيات المصلحة العامة و بالشروط التى تحددها أن تزيد هذه النسبة الى (٥٠٪) خمسين فى المائة».

إصدار هذه الخطابات. وقد يحدث أيضا أن يتقدم عميل لطلب إصدار خطاب ضمان بقيمة عالية، فحتى يتمكن البنك من تجزئة المخاطرة فإنه يلجأ لمشاركة بنوك أخرى فى إصدار هذا الخطاب، بحيث يلتزم كل بنك بوفاء نسبة محددة من قيمة الضمان، ومن ثم يتجزأ خطر التسديد بين مختلف البنوك المشاركة فى عملية الإصدار.

خامسا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث الجهة المصدرة:

يمكن أن يصدر خطاب الضمان عن بنك أو عن شركة تأمين.

١ ـ خطابات الضمان الصادرة عن بنك:

تصدر فى الأصل خطابات الضمان فى المملكة عن البنوك، إذ تعتبر فى جوهرها عملية من عمليات البنوك[1]، وهى من ثم من اختصاص البنوك فى الأصل.

٢ ـ خطابات الضمان الصادرة عن شركة تأمين:

على الرغم من أن المنظم السعودى لم يقر شركات التأمين، ومن ثم لم يعن بتنظيمها، فإن قرار وزير المالية والاقتصاد الوطنى رقم ١٧/١٤٨٦ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ المتضمن تعديل المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة قد اعتبر الضمان الصادر عن شركة تأمين شكلا من أشكال الضمان المقبولة، فقد جاء بهذا القرار: «يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات الآتية:
تعهدا صادرا من أحدى شركات التأمين المتخصصة التى تعتمدها مؤسسة النقد العربى السعودى، على أن يكون الضمان المقدم ساريا حتى التاريخ المحدد للبث فى

---

(١) أوردت المادة الأولى من نظام مراقبة البنوك تعداد الأعمال البنكية على سبيل المثال، وجاءت خطابات الضمان من ضمن هذه الأعمال الواردة بالتعداد.

العرض و بشرط أن يكون واجب الدفع عند أول طلب من البرهة الادارية برغم أى معارضة قد يبديها مقدم العرض ودون حاجة إلى صدور حكم قضائى أو قرار من هيئة تحكيم ».

وقد جاء تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطنى رقم ٣٨٦١/١٢ وتاريخ ١٣٩٧/٣/١٠هـ لتحديد الشركات المتخصصة التى يجوز لها أن تصدر الضمان ولبيان الأحكام الخاصة بخطاب الضمان الصادر عنها. فقد ورد بهذا التعميم. «أرفق لكم قائمة بأسماء شركات التأمين المعتمدة بعد أن تبادلت وزارة المالية والاقتصاد الوطنى الرأى حولها مع مؤسسة النقد العربى السعودى، آملا أن يراعى أن تكون خطابات الضمان الصادرة من هذه الشركات من المراكز الرئيسية لشركات التأمين وليس من فروعها، وألايزيد قيمة التأمين عن ٢٠٪ من إجمالى رأس مال الشركة وارتبطاتها، وأن يتضمن خطاب الضمان المذكور الالتزام بدفع قيمته كاملة داخل المملكة العربية السعودية عند أول طلب يقدم من الصادر لصالحه-الجهة الإدارية-دون استقطاع أية عمولات أو ضرائب أو مصاريف أيا كان نوعها ودون اعتبار لأى معارضة من الجهة مقدمة العطاء أو المتعاقدة مع الحكومة.

وضمانا لتحقيق ذلك يجب أن يكون تقديم خطابات الضمان الصادرة من إحدى شركات التأمين المعتمدة بواسطة بنك محلى ليؤكد البنك صحة وسلامة التوقيعات التى تحملها شهادة التأمين وصلاحيتهم فى ذلك مع تأكيده بأن قيمة الضمان لا تتعدى ٢٠٪ من رأس مال شركة التأمين، وسوف تقوم مؤسسة النقد العربى السعودى بتعميم ذلك على البنوك لمراعاته قبل تقديم خطابات الضمان الصادرة من شركات التأمين المعتمدة.

وأن تكون مكاتبة هذه الشركات فى حالة ماإذا دعت الحالة لطلب قيمة التأمين أو غير ذلك مما يتصل بخطابات الضمان الصادرة منها عن طريق البنك المحلى الذى قدمت شهادة الضمان عن طريقه.

هذا وتود وزارة المالية والاقتصاد الوطنى أن تشير الى أن ضمان السلفة أى القسط المقدم لم يمسه التعديل، و بالتالى يتعين أن يكون تقديم هذه السلفة فى مقابل خطاب ضمان بنكى ولا تقبل شهادات شركات التأمين بهذا الخصوص».

وتبين من خلال هذا التعميم أن خطابات الضمان التى تصدرها شركات التأمين تخضع للشروط التالية:

- أن تكون خطابات الضمان صادرة من المراكز الرئيسية لشركات التأمين وليس من فروعها.
- أن تكون قيمة الضمان الابتدائى بنسبة ١ ٪ من قيمة العرض وأن تكون قيمة الضمان النهائى بنسبة ٢٥٪ من قيمة العقد.
- لايجوز لشركات التأمين إصدار خطابات ضمان الدفعة المقدمة.
- لايجوز لقيمة الضمان أن تزيد عن ٢٠ ٪ من إجمالى رأس مال الشركة واحتياجاتها.
- يجب أن يتضمن خطاب الضمان الالتزام بدفع القيمة داخل المملكة العربية السعودية لدى أول طلب يتقدم به المستفيد ودون النظر لأى معارضة من الجهة مقدمة العطاء أو المتعاقدة مع الإدارة.
- يجب أن يتم تقديم خطاب الضمان بواسطة بنك محلى، يتعين عليه أن يؤكد صحة وسلامة توقيعات موظفى شركة التأمين على خطاب الضمان، و يؤكد أن قيمة الضمان لا تتعدى ٢٠٪ من رأس مال شركة التأمين والجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان عن طريق البنك المحلى.

وتجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان الصادرة عن شركات التأمين لا تعرف نادرا وذلك لعدة أسباب، يكمن أولها فى أن الكفالات تعتبر من اختصاص البنوك بوصفها عملية بنكية بعيدة كل البعد عن عمليات التأمين التى تقوم أساسا على فكرتى المخاطرة والمقامرة، ونأتى بذلك الى ثانى هذه الأسباب والمتمثل فى أن النظام السعودى لم يعرف التعامل بموجب التأمين، وثالث هذه الأسباب يكمن فى أن تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطنى رقم ٣٨٦١/١٢ قد اشترط وجوب تقديم تعهد شركة التأمين بواسطة بنك محلى، و بذلك يكون التعامل مع البنك مباشرة أيسر وأجدى. ومع هذه الملاحظة، فإنه يتعين علينا أن نشير إلى أن أنظمة وقوانين بعض الدول قد أقرت بشكل أو بآخر خطابات الضمان الصادرة عن شركات التأمين.

ففى الولايات المتحدة الأمريكية[١] ظهرت مؤسسات متخصصة تعرف باسم شركات الضمان[٢]، تصدر صكوكا شبيهة بخطابات الضمان تعرف باسم Bid Bonds، وقد انتشى استعمالها داخل الولايات المتحدة وعرفت فى الخارج وذلك لسببين رئيسيين، يتمثل الأول فى منع قانون البنوك الأهلية للبنوك من إصدار خطابات الضمان إلا فى حالات وظروف معينة، و يتمثل السبب الثانى فى أن أغلبية المستفيدين سواء كانوا جهات حكومية أو جهات خاصة يشترطون على مقدمى العطاءات وعلى من يتعاقدون معهم تقديم ضمانات ابتدائية أو نهائية من إحدى شركات الضمان المعتمدة.

وفى فرنسا، و بالرغم من صدور القانون المالى المؤرخ فى ٧ فيفرى ١٩٥٣م، والذى تقضى المادة ٨٨ منه بأنه يمكن أن تكون الضمانات المطلوبة تحت شكل كفالات بمقتضى تعليمات ولوائح الإدارة والمصالح والجماعات العامة على شكل تأمين كفالة

---

(١) انظر فى هذا الشأن سميحة القليوبى، مرجع سابق ص ٢٤.

(٢) American Bonding, or indemnity company, or Approved bonding Company.

(assurance - caution)، فإن السلطات الإدارية لم تسمح بانتشار هذا النوع من التأمين، ثم إن القضاء قد ذهب إلى الحكم بعدم صحتها[٣]. ثم إن الفقه قد نازع فى صحة تأمين الضمان، حيث يرى فى هذه الصكوك كفالة تخرج فى واقع أمرها عن اختصاص شركات التأمين، بل هى عملية بنكية بحتة من اختصاص البنوك دون غيرها من المؤسسات المالية الأخرى، ونادى الفقه الفرنسى بوجوب قصر هذا الضمان على البنوك دون غيرها.

(٣) قضت محكمة ليون الفرنسية بعدم صحة المبالغ الواجب دفعها لمصلحة الجمارك والناشئة عن صك تأمين الضمان:

Lyon 28 november 1960, GP 1961, I, P. 155

الأحكام الشكلية فى خطابات الضمان

تبدأ مسيرة خطاب الضمان بإصداره من قبل البنك، وأثناء سريانه قد يحدث أن يطلب العميل أو المستفيد تعديله. وبعد انتهاء مدة صلاحيته، ينقضى، إلا أنه قد يحدث أن ينقضى قبل انتهاء هذه المدة بمصادرته من قبل المستفيد.

وكل هذه العمليات المتعلقة بالإصدار والتعديل والانقضاء تستدعى اجراءات شكلية يقوم بها البنك.

وتجدر الاشارة إلى أن هذه الاجراءات الشكلية، وإن اختلفت من بنك الى آخر فيما يتعلق بالنماذج المستعملة أو ببعض الخطوات التى يقوم بها البنك فإنها تتفق فى جوهرها وفى خطواتها الأساسية.

وبناء على ذلك فإن البحث سيقتصر على الإجراءات الشكلية المعمول بها فى إحدى البنوك العاملة بالمملكة[1].

(١) للبحث فى هذه الاجراءات الشكلية، سنقوم بالرجوع أساسا إلى ما كتبه الاستاذ على البكرى فى مذكرة منسوخة، أعدها فى اطار دائرة التدريب للبنك العربى الوطنى، عن الكفالات البنكية. كما سنقوم بالرجوع إلى النماذج المذكورة فى هذا الشأن، ونوردها ضمن ملحقات هذا البحث. وسوف نقتصر على إيراد هذه النماذج دون غيرها تجنبا للحشو واثقال البحث.

المبحث الأول

ـ الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان

تختلف الاجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان باختلاف نوع خطابات الضمان أو باختلاف طالب إصداره. فتجدر التفرقة بين الاجراءات الشكلية فى حالة تقديم طلب من قبل العميل لدى بنك محلى من أجل إصدار خطاب ضمان ابتدائى أونهائى أو لسلفة مقدمة أو صيانة، والاجراءات الشكلية فى حالة تقديم الطلب من قبل بنك أجنبى، والاجراءات الشكلية فى حالة تقديم طلب إصدار خطاب ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندى لم تصل إلى البنك.

الفرع الأول ـ الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات ضمان بطلب من العميل لدى بنك محلي

تبدأ الاجراءات الشكلية لإصدار خطابات ضمان فى هذه الحالة بتقديم طلب من قبل العميل إلى البنك الذى يتعامل معه عادة. وعلى أثر ذلك يقوم البنك ببعض الاجراءات الداخلية التى تنتهى باصدار خطاب الضمان.

أولا ـ طلب العميل

خاصة بكل نوع من الأنواع الشائعة من خطابات الضمان. وتجدر الإشارة إلى أنه وان اختلفت صيغة هذه النماذج، كما وإن اختلفت شكلها من بنك إلى آخر فهى تتضمن نفس البيانات الخاصة بنوع خطاب الضمان و بقيمة و بنسبة قيمته من قيمة العقد، ومدة صلاحيته، والغرض منه، واسم المستفيد منه، واسم العميل وعنوانه

وصفته وتوقيعه، كما تتضمن هذه النماذج ذات الشروط الأساسية، وخصوصا الشرط المتعلق بتفويض البنك بأن يدفع الضمان للمستفيد لدى أول طلب يرد إليه من هذا الأخير و برغم أية معارضة من جانب العميل[1].

ولهذا الإقرار من جانب العميل أهمية كبرى على الصعيد القانونى، فطبقا للقواعد القانونية العامة للكفالة، يلتزم الكفيل بأن يخطر المدين الأصلى قبل قيامه بالوفاء للدائن، فإذا أخل الكفيل بواجب الإخطار بالوفاء قام به على مسؤوليته. ولايمكن تطبيق هذه القاعدة فى مجال خطاب الضمان لأنه إذا ماكان على البنك أن يرجع إلى العميل ويخطره بمطالبة المستفيد قبل الوفاء، فقد يحصل أن يعترض العميل عليه، وفى هذه الحالة يجب على البنك أن يمتنع عن الوفاء، بناء على القاعدة العامة للكفالة. وتطبيق مثل هذه القاعدة ينزع عن خطاب الضمان كل أهمية ويجعل منه كفالة عادية. وحتى لايتعرض البنك لمثل هذه الإشكالات، ولخطر التسديد دون الرجوع المسبق إلى العميل، يتضمن طلب إصدار خطاب الضمان شرطا يجعل من التزام البنك التزاما بالدفع دون الرجوع إلى العميل وحتى على الرغم من معارضته، وبموجب هذا الشرط يمتنع العميل عن أن يحتج بشرط الإخطار المسبق الذى تمنحه له القواعد العامة المتعلقة بالكفالة. فكل النماذج الموجودة لدى البنوك والخاصة باصدار خطابات الضمان تقضى بتنازل العميل عن شرط الإخطار المسبق وتتضمن تصريحا خالصا من العميل للبنك بأن يدفع للمستفيد قيمة الضمان لدى طلبه ودون حاجة إلى الإخطار المسبق للعميل وعلى الرغم من أية معارضة تصدر عنه.

وتتضمن هذه النماذج أيضا شرطا يمكن البنك من تمديد صلاحية خطاب الضمان بطلب من المستفيد ودون الرجوع إلى العميل والحصول على موافقته بالتمديد، ولهذا

---

(١) انظر الملاحق، النماذج ١/أو ب وج و د)

الشرط أهيمة كبرى، فقد يحدث أن يطلب المستفيد من البنك مباشرة تمديد صلاحية خطاب الضمان، وذلك قبل انتهاء مدة صلاحيته، وفى حالة عدم وجود الشرط المذكور سابقا ضمن الشروط التى يتضمنها طلب اصدار خطاب الضمان، فإنه يتعين على البنك أن يرجع الى العميل وأن يحصل على موافقته، وقد يرفض العميل التمديد المطلوب، وفى هذه الحالة، يقوم المستفيد بمصادرة خطاب الضمان، ومن ثم فإنه يلزم البنك بالتسديد، وقد لايكون هذا التسديد من صالح البنك، فحتى يضمن البنك لنفسه حرية التصرف فى هذا الشأن فإنه يدرج شرطا يمكنه من تمديد صلاحية خطاب الضمان دون الرجوع إلى العميل ودون الحصول على موافقته.

وحرصا على استرداد النسخة الأصلية من خطاب الضمان بعد انقضاء مدته، فإن بعض البنوك أدرج شرطا متعلقا باستمرار مسؤولية العميل إلى أن يسترجع البنك النسخة الأصلية من خطاب الضمان أو إلى أن توافق الجهة المستفيدة على إلغائه بغض النظر عن انتهاء مدته.

وتدرج أيضا بعض البنوك شرطا متعلقا بعدم التزام البنك باصدار خطاب ضمان نهائى فى حالة إصداره لخطاب ضمان ابتدائى.

ومن البنوك من يدرج شرطا متعلقا بوجوب تقديم التأمين النقدى والعينى، و بتمكين البنك من بيع رهونات أو ممتكلات للعميل تكون فى حيازة البنك. وذلك دون أى إشعار مسبق للعميل.

ومن خلال هذه الشروط نتبين أن الشروط التى تتضمنها نماذج طلب إصدار خطابات الضمان تتفق فى أساسها وفى جوهرها وتجعل من خطاب الضمان كفالة من نوع خاص لاتخضع للقواعد العامة للكفالة.

وإلى جانب ماتتفق بشأنه هذه النماذج، فقد تختلف فى بعض الشروط الأخرى التى تتضمنها فشروط هذا العقد مجهزة بشكل مسبق من قبل البنك وماعلى العميل إلا

أن يكمل بيانات النموذج و يوقع ، ومن ثم يكون هذا العقد من العقود النموذجية التى تتضمن شروطا تخدم أولا و بالذات مصلحة البنك ، خاصة وأن المنظم السعودى لم يتدخل لوضع القواعد الأساسية لتنظيم هذه العملية ولحماية أطرافها . ولهذه الأسباب فإننا نرى أنه من المصلحة العامة والخاصة أن يتدخل المنظم السعودى لوضع القواعد الكفيلة بحماية جميع الأطراف الذين يتدخلون بشكل مباشر أو غير مباشر فى هذه العملية .

ولما كان خطاب الضمان من عمليات الائتمان ، ونظرا لأنه من حق البنك أن ينظر فى منح التسهيلات الائتمانية للعميل مقدم الطلب ، فإن البنك-بعد تسلمه لطلب العميل-يقوم بدراسة وضعه المالى ومركزه التجارى وسمعته الأدبية فى السوق ومقدار التزاماته ونشاطه ، و يقوم البنك بهذه الدراسة إذا لم يسبق له أن قام بها من قبل من خلال الميزانية العمومية والبيان المالى لمؤسسة هذا العميل . ولهذا السبب فإن البنك يطلب من العميل تقديم الميزانية العمومية للمؤسسة عن فترة السنوات الثلاث الأخيرة و بيان مركزه المالى ، وسجله التجارى ومقدار رأس مال المؤسسة ، و بيان بأصولها و بخصومها . وعلى ضوء هذه الدراسة يتخذ البنك بعض القرارات : فأولا يقرر البنك مقدار التسهيلات التى يمكن له أن يمنحها للعميل فى إطار إصدار خطابات الضمان ، بحيث يحدد البنك حدا أعلى لقيمة خطابات الضمان التى يمكن للعميل أن يطلبها . و يعرف أيضا هذا الحد الأعلى بالسقف الذى لايمكن للبنك أن يتجاوزه ، كما يعرف «بارسك» (Risk) أى المخاطرة التى لايمكن للبنك أن يتجاوزها فى إطار هذه التسهيلات الائتمانية .

ويمكن لنا أن نورد فى هذا الشأن المثال التطبيقى الآتى : بعد دراسة الوضع المالى للعميل ، يقرر البنك أن يمنحه امكانية طلب إصدار خطابات ضمان بحد أعلى بقيمة ثلاثة ملايين ريال ، ويمثل هذا المبلغ «رسك» هذا العميل ، وهذا يعنى أنه بإمكان العميل أن يتقدم بطلبات اصدار خطابات ضمان إلى أن يصل مجموع قيمتها ثلاثة

ملايين ريال ، وإذا ماطلب العميل خطابات ضمان بلغت قيمتها الإجمالية ثلاثة ملايين ريال ، وأصدار البنك هذه الخطابات بهذه القيمة ، فإنه لايمكن للعميل أن يحصل على خطابات ضمان أخرى .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان التى تعاد الى البنك وتلغى ، فإن قيمتها تخصم من قيمة الحد الأعلى ، بحيث يمكن للعميل أن يطلب بعد ذلك خطابات ضمان بقيمة الخطابات الملغاة ، و بذلك يكون مجموع خطابات الضمان الصادرة والسارية المفعول معادلا على الأكثر لقيمة الحد الأعلى المقرر من قبل البنك .

إلا أنه ، إذا عادت إلى البنك خطابات ضمان بقيمة مليون ريال-سبق أن أصدرها البنك-بطلب من يوسف الشمرانى ، وقام البنك بإلغائها ، فمعنى ذلك أن خطابات الضمان الصادرة والسارية المفعول تساوى قيمتها مليونى ريال ، وإذا كان «رسك» العميل يوسف الشمرانى ثلاثة ملايين ريال ، فإنه يمكن له أن يطلب إصدار خطابات ضمان قيمتها الإجمالية مليون ريال ، ويمكن للبنك أن يصدرها فى هذه الحدود .

وثانيا يقرر البنك نسبة التأمين الذى يجب على العميل تقديمه ، ويمكن أن يكون هذا التأمين نقديا أو عينيا أى ضمان أرضى أو مبنى أو متجر أو أوراق مالية يتم رهنها لأمر البنك ، كما يمكن أن يكون ضمانا شخصيا أى كفالة من أحد التجار أو الأشخاص الموثوق فى مقدرتهم المالية على التسديد ، وقد تكون هذه الكفالة عادية أو تضامنية . وقد يكون هذا التأمين أحد هذه الضمانات أو مجموعها . و يعرف هذا التأمين فى الحياة العملية بالغطاء .

وتجدر الاشارة إلى أنه عادة يكون طالب إصدار خطاب الضمان عميلا لدى البنك ، يتعامل معه فى العديد من مجالات الأعمال البنكية ، و يكون له حساب جار لدى البنك ، يقيد عليه البنك قيمة التأمين عند إصدار خطاب الضمان ، و يقيد عليه

أيضا العمولات المترتبة على الاصدار والعمولات التى قد تستحق عند تمديد صلاحية خطاب الضمان، كما يقيد عليه قيمة الضمان فى حالة مصادرته من قبل المستفيد وتسديدها من قبل البنك.

كما تجدر الاشارة إلى أن التحفظ على الأوراق المالية المودعة لدى البنك من قبل العميل أو تجميد مبلغ فى حساب العميل. أو التأشير على الحساب بالتزام العميل فى هذا الشأن، لايرتب فى حد ذاته حقا للبنك فى اقتضاء دينه بالأفضلية أو الأولوية من حساب العميل أو من ملف أوراقه المالية فى حالة توقيع حجز تحت يد البنك على ما لديه من أموال للعميل. ولهذا السبب يجب الحذر على البنك بأن يطالب العميل بتعيين الأوراق المالية التى يرغب فى تجنبها لهذا الغرض، و يقوم البنك بايداعها فى ملف خاص يعرف باسم «احتياطى خطابات الضمان»، و بتخصيصه لهذه الأوراق المالية يقر العميل ارتهانها للبنك ضمانا للوفاء بالتزاماته تجاه البنك، ويمنح البنك حق بيعها دون الرجوع إليه فى حالة تسديد قيمة خطاب الضمان للمستفيد. وكذلك الشأن بالنسبة للغطاء النقدى، إذ يقوم البنك بقيد قيمة من حساب العميل إلى حساب «احتياطى خطابات الضمان» وفى الحياة العملية، وأيا كان نوع غطاء خطاب الضمان المقدم من قبل العميل، فإن النماذج المعدة من قبل البنوك تتضمن شرطا يقضى بوجوب بيان مقدار ما أودعه العميل تأمينا لخطاب الضمان أوما يسمح بخصمه فورا من حسابه بالبنك، و بوجوب التعهد، فى حالة عدم كفاية حسابه، بأن يسدد المبلغ المطلوب بمجرد مطالبة البنك له.

ونلاحظ أنه بالإضافة إلى هذا التأمين النقدى والعينى، يتضمن نموذج طلب إصدار خطاب الضمان المعد من قبل بعض البنوك شرطا خاصا يقضى بوجوب تقديم ضمان شخصى بحيث يتعهد كفيل بالتضامن بأن يدفع مايستحق للبنك بسبب خطاب الضمان وحسب شروطه. وهذه الكفالة هى كفالة بالتضامن تطبق عليها القواعد القانونية العامة للكفالة.

ثانيا-طريقة العمل لإصدار خطاب الضمان.

لما كانت طريقة العمل لاصدار خطاب الضمان من الاجراءات الشكلية والداخلية التى يقوم بها البنك، فانها قد تختلف من بنك لآخر، إلا أنها وإن اختلفت فى بعض جزئياتها فانها تخضع لخطوات أساسية وضرورية متشابهة. ولهذه الأسباب سيقتصر البحث على هذه الاجراءات الأساسية والضرورية.

وتتمثل هذه الاجراءات الشكلية فى الخطوات التالية:

عند تقديم طلب إصدار خطاب الضمان إلى البنك من قبل العميل، يقوم الموظف المختص بالتدقيق فى البيانات التى يتضمنها الطلب، ثم يرجع إلى سجل السقف المحدد لاصدار الكفالات و يعرف أيضا بسجل رسك الكفالات والمعد على نموذج خاص[1]، وذلك حتى يتحقق من أن قيمة خطاب الضمان المطلوب إصداره تدخل ضمن الحد الأقصى الذى سبق أن قرره البنك لهذا العميل، فهذا السجل يظهر للموظف رصيد العميل فى خطابات الضمان السارسة المفعول.

و يتضمن أيضا هذا السجل نسبة التأمين النقدى الذى حدده البنك لهذا العميل.

وعلى ضوء هذا السجل، ينقل الموظف إلى طلب العميل هذه المعلومات و يبين نسبة العمولة التى يستحقها البنك.

ثم يعرض الموظف الطلب متضمنا هذه البيانات على مدير الفرع الذى يقوم بالتدقيق فى هذه البيانات و بالتحقق من أن قيمة الكفالة تدخل ضمن الرسك، و يوقع على ذلك.

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٢)، ص ٢٢٣

وبعد ذلك يعطى الطلب رقما مسلسلا و يقيد فى سجل الكفالات الصادرة وفقا للنموذج المعد لهذا الغرض[1] ثم يقوم المختص باعداد القيد المحاسبى المتعلق باستيفاء التأمين والعمولة والبريد، و يثبت التزام العميل بالنموذج المعد لهذا الغرض[2].

و يتم احتساب التأمين النقدى والعمولة المستحقة على النحو التالى:

مثال:

تقدم يوسف الشمرانى بطلب إصدار خطاب ضمان بقيمة: ٣٠٠٠٠٠ ريال سعودى، مدة صلاحيته سبعة أشهر، و بعد دراسة الوضع المالى للعميل قرر البنك فرض تأمين نقدى بنسبة ٢٠٪ من قيمة الضمان المطلوب اصداره.

تكون قيمة التأمين:

٣٠٠٠٠٠ × ٢٠٪ = ٦٠٠٠٠ ريال سعودى

أما بالنسبة للعمولة، فقد حددتها تعريفة مؤسسة النقد العربى السعودى الصادرة بموجب التعميم رقم م/أ/٢٩١ وتاريخ ١٣٩٩/٩/١٩هـ الموافق ١٩٧٩/٨/٢م. والتى قضت بوجوب استيفاء العمولة على خطاب الضمان بنسبة لا تتعدى ٢,٥٪ فى السنة لغاية عشرة ملايين ريال و ١,٢٥٪ فى السنة على مايزيد عن عشرة ملايين ريال الأولى.

وتكون العمولة ٢٠ ريال مقطوعة على خطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندى لم تصل إلى البنك أى كفالة بواخر.

---

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٣)، ص ٢٢٤.

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (٤)، ص ٢٢٥.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه النسب تطبق على خطابات الضمان الصادرة لمدة سنة، فبالنسبة لخطابات الضمان الصادرة لمدة تقل عن السنة فإن العمولة تحتسب بواقع عدد أيام سريان الضمان كالآتى:

عدد أيام سريان الضمان

عدد أيام السنة (بواقع ٣٦٠ يوما

وفى مثالنا السابق تكون العمولة المستحقة كالتالى:

قيمة الكفالة ٣٠٠٠٠٠ ريال سعودى

ربع ٪ نظرا لأن قيمة خطاب الضمان لا تتجاوز عشرة ملايين ريال سعودى.

مدة خطاب الضمان سبعة أشهر، أى مائتان وعشرة أيام وتكون العمولة:

٣٠٠٠٠٠ × ربع ٪ × ٢١٠

٣٦٠

أى: ٧٥٠٠ × ٢١٠

٣٦٠

أى: ١٥٧٥٠٠٠

٣٦٠

فالعمولة المستحقة: ٤٣٧٥ ريال سعودى.

وبالاضافة إلى قيمة التأمين وقيمة العمولة، يقتطع أيضا من حساب العميل المصروفات الأخرى كقيمة الطوابع البريدية.

وحتى يكون البنك أكثر اطمئنانا على استرجاع قيمة الضمان فى حالة مصادرته من قبل المستفيد، فإنه يطلب عادة من العميل، وبالإضافة إلى الضمان النقدى أو العينى أو الشخصى، تقديم كتاب يفوض بموجبه المستفيد بدفع المستخلصات لأمر البنك،

مصدر خطاب الضمان و يقدم هذا الكتاب للمستفيد على النموذج المعد لهذا الغرض[1] وبواسطة البنك الذى يطلب من المستفيد. ارسال إشعار بموافقتهم على تحويل المستخلصات والدفعات لحساب العميل بواسطة البنك مصدر خطاب الضمان وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض[2]. وفى حالة عدم استلام البنك رد المستفيد بالموافقة فإنه يقوم بإرسال مذكرة على النموذج المعد لهذا الغرض[3].

و بالإضافة إلى كون هذا التنازل قد يمثل ضمانا قويا على استرجاع قيمة الضمان فى حالة تسديدها للمستفيد، فإن البنك يضمن بأن تتم كل المدفوعات الخاصة بهذه العملية بواسطته، و بالتالى يستفيد من السيولة التى يحصل عليها.

و بعد كل هذه الخطوات يحول الطلب إلى قسم النسخ حتى يقوم بنسخ سند خطاب الضمان على النموذج الخاص بنوع الضمان المطلوب، وعادة مايكون ضمانا ابتدائيا أونهائيا، أو لسلفة مقدمة. وتجدر الإشارة إلى أنه فى حالة طلب العميل إصدار خطاب ضمان بنص خاص، يتعين على الفرع الرجوع إلى الإدارة العامة للبنك حتى يحصل على موافقتها على هذه الصيغة الخاصة.

وفى حالة إصدار خطاب ضمان نهائي يتعين على البنك الحصول من العميل على خطاب رسو المناقصة عليه، وذلك لكى يتأكد البنك من ملاءمة خطاب الضمان الصادر للعقد الذى سيبرم بين العميل والمستفيد.

---

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٥)، ص ٢٢٦

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (٦)، ص ٢٢٧

(٣) انظر بالملاحق، نموذج (٧)، ص ٢٢٨

و يتم نسخ خطاب الضمان على النموذج الملائم حسب نوع خطاب الضمان[1].

و بعد النسخ يعاد الطلب مع نسخ خطاب الضمان إلى قسم الكفالات. وعند وصولها. الى هذا القسم يفتح لكل خطاب ضمان ملف خاص ترحل اليه البيانات المتعلقة بخطاب الضمان: رقم خطاب الضمان، اسم العميل المستفيد. الغرض الذى قدم من أجله خطاب الضمان، قيمته، تاريخ تقديمه، تاريخ انتهاء مدة صلاحيته.

ثم تعرض كل المعاملة على المراقب والمدير لتدقيقها والتوقيع فى سجل الكفالات الصادرة بما يفيد صحة البيانات المثبتة فى السجل. و بعدها يحول الملف إلى قسم الرسائل الذى يقوم باثبات تصدير إشعار القيد على حساب العميل حسب النموذج المعد لهذا الغرض[2].

ثم يعاد الملف إلى قسم الكفالات حيث يقوم الموظف المختص بفرز نموذج خطاب الضمان الصادر والذى يتكون من أربع نسخ: بحيث تسلم النسخة الأولى-الأصلية-إلى العميل عادة باليد، أو ترسل إلى المستفيد فيى حالة طلب العميل ذلك بكتاب خطى، أما النسخة الثانية فتسلم أيضا للعميل كى يتمكن من استكمال ملفاته ومن متابعتها، بينما ترسل النسخة الثالثة الى الإدارة العامة كى يتسنى لها القيام باجراءات المراقبة، فى حين تحفظ النسخة الرابعة فى ملف الكفالات الخاص، للتمكن من الرجوع إليها كلما اقتضت الحاجة ذلك.

---

(١) انظر على سبيل المثال:

نموذج خطاب الضمان الابتدائى (٧/أ) بالملاحق، ص ٢٢٩.

نموذج خطاب الضمان النهائى أو لسلفة (٧/ب) على أن تراعى الصيغة الصادرة عن وزارة المالية والاقتصاد الوطنى، انظر بالملاحق نموذج (٧/ج)، ص ٢٣٠ و ص ٢٣١.

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (٩)، ص ٢٣٢.

وبعد ذلك يتم قيد خطاب الضمان فى الكشف اليومى لكفالات العملاء/الفروع/البنوك الصادرة بتاريخه، كما تقيد البيانات الخاصة بخطاب الضمان طبقا للنموذج المعد لهذا الغرض[1]، وفى نهاية كل يوم، يتم جمع قيمة خطابات الضمان الصادرة والعمولة والتأمين والمصروفات حتى يتم التمكن من مطابقتها مع قسم المحاسبة.

وبعد هذا الكشف من نسختين ترسل الأولى إلى الإدارة العامة بينما يحتفظ بالنسخة الثانية فى ملف خاص يعرف «ببوكس فايل» ثم يتم فتح صفحة خاصة بنفس تاريخ استحقاق خطابات الضمان فى سجل الاستحقاق أو الكفالات المستحقة وفقا للنموذج المعد لهذا الغرض[2]، وتقيد بهذه الصفحة كل خطابات الضمان التى تنتهى مدتها فى نفس التاريخ، فعلى سبيل المثال، بالنسبة لخطابات الضمان التى تنتهى مدتها فى تاريخ ١٩٨٧/١/٧م تقيد فى نفس الصفحة، بينما تقيد كل خطابات الضمان التى تنتهى فى ١٩٨٧/٣/٢٣م فى صفحة أخرى خاصة بها، الى آخر ذلك.

ثم يتم الرجوع إلى نموذج رسك العميل حتى يقوم الموظف بخصم المبالغ التى صدرت بها خطابات الضمان.

وبعد هذه الاجراءات، يوقع رئيس قسم الكفالات بما يفيد التحقق من البيانات المرحلة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتم إجراء القيود المحاسبية خلال القيام بإجراءات إصدار خطاب الضمان كلما اقتضت الحاجة ذلك.

وفى كل هذه الحالات، يجب على البنك أن يتقيد بالحد الأعلى من قيمة الكفالات التى يصدرها العميل لفائدة عميل، بحيث، لايجوز للبنك أن يقدم لعميل كفالات

---

(١) انظر بالملاحق، نموذج (١٠)، ص ٢٣٣.

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (١١)، ص ٢٣٤.

يتجاوز مجموعها ٢٥٪ من مجموع احتياطياته ورأس ماله المدفوع أو المستثمر، إذ تقضى المادة الثامنة من نظام مراقبة البنوك على أنه: «يحظر على أى بنك أن يعطى قرضا أو أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة أو ضمانا أو أن يتحمل أى التزام مالى آخر لصالح أى شخص طبيعى أواعتبارى بمبالغ بتجاوز مجموعها (٢٥٪) خمسة وعشرين فى المائة من احتياطيات البنك ورأس ماله المدفوع أو المستثمر. ويجوز للمؤسسة وفقا لمتقضيات المصلحة العامة و بالشروط التى تحددها أن تزيد هذه النسبة الى (٥٠٪) خمسين فى المائة.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على المعاملات التى تتم بين البنوك أو المراكز الرئيسية للبنوك وفروعها، أو بين هذه الفروع».

وكل من خالف أحكام هذه المادة يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على ستة أشهر و بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال سعودى أو باحدى هاتين العقوبتين[١].

الفرع الثانى
ـالإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان بطلب من البنوك الأجنبية

لما كانت المملكة العربية حريصة كل الحرص على حماية وتشجيع الصناعات المحلية والمقاولين والموردين من السعوديين، فإنه كان لزاما عليها وضع القواعد التى من شأنها أن تكفل هذه الحماية.

(١) المادة ٢/٢٣ من نظام مراقبة البنوك.

وفى هذا الإطار جاء قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٦ وتاريخ ١٣٩٨/١/١٥هـ، والمتوج بالمرسوم الملكى رقم م/٢ وتاريخ ١٣٩٨/١/٢١ للموافقة على نظام العلاقة بين المقاول الأجنبى ووكيله السعودى[١].

كما جاء نظام تأمين مشتريات الحكومة بقواعد فى هذا الشأن، حيث نصت المادة الأولى/د على أنه: «للأفراد والمؤسسات السعودية المرخص لهم بالعمل طبقا للأنظمة والقواعد المتبعة أولوية فى التعامل مع الحكومة، ومن بعدهم تكون الأولوية للمؤسسات المكونة من سعوديين وغير سعوديين متى بلغ نصيب الأولين ٥٠٪ من رأس مال المؤسسة».

ثم صدر الأمر السامى رقم ٣/هـ/٢٦٠١ وتاريخ ١٤٠١/٢/١٠هـ بوجوب أن تقتصر مقاولات الطرق والجسور العادية والمبانى الصغيرة والمتوسطة على المقاولين السعوديين. كما صدر الأمر السامى رقم ٣/و/٢٣٤٠١ وتاريخ ١٤٠١/١٠/١٨هـ بوجوب بذل أقصى جهد فى سبيل إتاحة الفرصة للمقاولين السعوديين لتنفيذ المشاريع الحكومية، و بوجوب قصر المقاولات غير الإنشائية على السعوديين. وتنص المادة ١/هـ على أنه: «تفضل المصنوعات والمنتوجات ذات المنشأ السعودى على غيرها من مثيلاتها الأجنبية متى كانت محققة للغرض الذى تقرر التأمين من أجله ولو كانت تقل فى المواصفات عن مثيلاتها الأجنبية».

و بالرغم من وجود كل هذه القواعد، وأمام الفراغ فى بعض المجالات، فإن بعض الجهات الحكومية قد تضطر الى توجيه الدعوة الى مؤسسات أجنبية. وفى هذا الشأن

---

(١) تقضى المادة الأولى من هذا النظام بأنه «يخضع لأحكام هذا النظام الوكيل السعودى والمقاول الأجنبى الذى يتعاقد مع حكومة المملكة العربية السعودية، و يدخل فى حكم المقاول الأفراد والشركات التى تقوم بأعمال تنفيذية أو استشارية». فيما تقضى المادة الثالثة من نفس النظام بأنه: «يجب أن يكون للمقاول الأجنبى الذى ليس له شريك سعودى، وكيل خدمات سعودى، ولايجوز للمقاول الأجنبى توكيل غير السعودى. وإذا كان المقاول الأجنبى يقوم بأعمال استشارية فيجب أن يكون وكيله مكتبا استشاريا سعوديا».

صدر الأمر السامى رقم   وتاريخ ١١/١٠/١٤٠١هـ متضمنا : «الموافقة على أن تلتزم الشركات والمؤسسات الأجنبية التى تتعامل مع الحكومة بتقديم البيانات والمعلومات الآتية عند دعوتها أو إرادة التعامل معها :

١ - شهادة من بنك معروف ومقبول لدى مؤسسة النقد العربى السعودى تحدد مقدرة الشركة وسمعتها المالية وتعاملها التجارى.
٢ - بيان عن الأعمال التى قامت بها الشركة خارج المملكة فى مجال المشروع الذى تقدمت لتنفيذه داخل المملكة على أن يصدق على محتويات هذا البيان من الغرفة التجارية والصناعية فى بلد الشركة.
٣ - شهادات الإنجاز التى حصلت عليها الشركة عن الأعمال التى قامت بتنفيذها سواء داخل المملكة وخارجها.
٤ - صورة من ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين الأخيرتين مصدقة من مكتب محاسب قانونى معترف به.

على أن يكون تقديم هذه البيانات والشهادات مع العطاء والعرض المقدم من الشركة الأجنبية سواء تمت العملية عن طريق المنافسة أو الإتفاق المباشر.

إضافة إلى الشروط والبيانات والوثائق التى يتطلبها نظام مشتريات الحكومة».

ومن جملة هذه الوثائق التى يتعين على الشركات والمؤسسات الأجنبية تقديمها نجد خطاب الضمان، حيث قضت المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية المعدلة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطنى رقم ١٧/١٤٨٦ وتاريخ ٢٥/٣/١٣٩٨هـ بوجوب تقديم خطاب ضمان مقدم من بنك فى الخارج يقدم بواسطة بنك يعمل فى المملكة.

وحتى تحصل المؤسسة الأجنبية على خطاب الضمان فإنها تتقدم إلى البنك الذى تتعامل معه فى بلدها بطلب لإصدار خطاب ضمان بواسطة أحد البنوك العاملة فى

المملكة العربية السعودية، وهذا البنك الأجنبى يخلص دوره بواحد من إجرائين: يتمثل الإجراء الأول فى أن يصدر البنك الأجنبى خطاب ضمان مباشر يكون بموجبه المتعهد الوحيد بدفع قيمته، ثم يرسل خطاب الضمان الصادر إلى البنك الذى يتعامل معه فى المملكة العربية السعودية، إما بالبريد أو بالتلكس، وحين وصوله يقوم البنك المحلى بفحصه و بدراسة البيانات والمعلومات المتعلقة بالبنك و بخطاب الضمان، ثم يحرر شهادة على النموذج الخاص بخطابات الضمان الواردة بالبريد والمعد لهذا الغرض[1]، أو على النموذج الخاص بخطابات الضمان الواردة بالتلكس والمعد لهذا الغرض[2]. و يؤكد البنك بموجب هذه الشهادة صحة التوقيع الوارد على خطاب الضمان، وصحة الرقم السرى الذى يتم بواسطته التعامل بين البنك الأجنبى والبنك المحلى فى مجال التلكس، كما يؤكد أن التسهيلات والكفالات الممنوحة للمؤسسة من قبل البنك الأجنبى لاتزيد عن ٢٠٪ من رأس مال البنك الأجنبى مصدر خطاب الضمان مصرح له من قبل مؤسسة النقد العربى السعودى، و يرفق البنك المحلى خطاب الضمان الصادر عن البنك الأجنبى بيانا يتضمن أنه لايتحمل أى التزام أو أية مسؤولية مترتبة على خطاب الضمان، و يبقى البنك الأجنبى المسؤول الوحيد بموجب خطاب الضمان، وأن البنك المحلى لايكون مسؤولا إلا فى اطار ما أكده من بيانات ومعلومات تتعلق بالبنك الأجنبى و بخطاب الضمان.

و يتمثل الإجراء الثانى فى أن تقدم المؤسسة الأجنبية طلب إصدار خطاب ضمان إلى البنك الذى تتعامل معه فى بلدها، والذى بدوره يقوم بتقديم طلب لإصدار خطاب ضمان الى البنك الذى يتعامل معه فى المملكة العربية السعودية، والذى يقوم بإصدار خطاب ضمان يكون بموجبه مسئولا أمام المستفيد.

---

(١) انظر بالملاحق، نموذج (١٢)، ص ٢٣٥.

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (١٣)، ص ٢٣٦.

و يقدم البنك الأجنبى الطلب إما عن طريق البريد أوعن طريق التلكس، مع العلم بأن العادة قد جرت على تقديم الطلب عن طريق التلكس.

وعند تسلم تعليمات البنك الأجنبى بالتلكس، يقوم الموظف المختص فى البنك المحلى بالتحقق من صحة الرقم السرى الذى يتعامل عن طريقه البنكان، ثم يتحقق من أن قيمة خطاب الضمان المطلوب اصداره يدخل ضمن الحد الأعلى المقرر من قبل الإدارة العامة (الرسك)، فلكل بنك أجنبى يتعامل مع البنك المحلى فى هذا المجال كشف، و يستعمل نفس نموذج الرسك المستعمل للعميل المحلى[1].

ثم يقوم الموظف بتجهيز ملف خاص لخطاب الضمان يطلب من بنك أجنبى، وتحتسب العمولة بقيمة حسب ماتم الا تفاق عليه بين البنكين، فقيمة هذه العمولة تختلف من بنك إلى آخر، وعادة ماتتراوح بين ٠,٥ ٪ و ١ ٪، ثم يجهز القيد المحاسبى بهذه العمولة، والنموذج الذى بموجبه يطلب البنك المحلى من البنك الأجنبى تحو يل قيمة العمولة والمعد لهذا الغرض[2].

ثم يضاف إلى الملف نموذج خطاب الضمان المطلوب باللغة العربية والمعد لهذا الغرض[1]، ونموذج آخر باللغة الإنجليزية والمعد لهذا الغرض[2]، فخطابات الضمان المحلية كطلب البنوك تصدر باللغة العربية، وتعتبر أصل الضمان، و بالإضافة إلى ذلك، يصدر البنك المحلى نسخة من خطاب الضمان باللغة الإنجليزية لإرسالها إلى البنك الأجنبى طالب الإصدار وذلك حتى تكون مفهومة له، وذلك طبقا للتعليمات الواردة بتعميم مؤسسة النقد العربى السعودى رقم م/١/١٣٠ وتاريخ

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٢)، ص ٢٢٣

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (١٤)، ص ٢٣٧.

(١) انظر بالملاحق، النموذج (١٥)، ص ٢٣٨

(٢) انظر بالملاحق، النموذج (١٦)، ص ٢٣٩.

٢٥/٧/١٤٠٠هـ بضرورة أن تكون جميع المراسلات بين الجهات الحكومية المستفيدة والأطراف الأخرى باللغة العربية، وكذلك طبقا لما ورد بالأمر السامي رقم ٣/ح/١٥٣٥١ وتاريخ ٢٠/٦/١٤٠٠هـ، والقاضى بضرورة استعمال اللغة العربية فى تحرير المراسلات والعقود التى تتم مع الشركات والمؤسسات الأجنبية، وكذلك طبقاً لماورد بالأمر السامى رقم ٣/ح/٩٥٧٤ وتاريخ ٢٧/٤/١٤٠١هـ والمتضمن التأكيد على الأمر السابق وشمول ذلك لكافة الوثائق المقدمة، وأنه فى حالة وجود مصطلحات فنية متعارف عليها عالميا فيمكن إثباتها باللغة الإنجليزية بين قوسين بالإضافة إلى ذكرها باللغة العربية.

ولهذه الأسباب يجب أن توضع على نسخة خطاب الضمان باللغة الإنجليزية وفى مكان واضح عبارة أن أصل خطاب الضمان قد صدر باللغة العربية، وأن خطاب الضمان الصادر باللغة الإنجليزية يستعمل كتعزيز ومطابقته مع العقد ولايعتبر بأى حال كخطاب ضمان أصلى.

ثم تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات للقيام بتدقيقها وتوقيعها توقيعا أوليا، ثم تعرض على مراقب الدائرة لتدقيقها وتوقيعها توقيعا ثانيا، ثم بعد ذلك يتم القيد النظامى للعمولة.

وبعد ذلك يتم تحويل المعاملة لقسم الرسائل ليقوم بتصدير نموذج خطاب الضمان باللغة العربية والنموذج باللغة الإنجليزية وكتاب المطالبة بالعمولة، ثم يعاد الملف إلى قسم الكفالات.

ثم يتم ترحيل بيانات خطاب الضمان الصادر الى الكشف اليومى للكفالات الصادرة بطلب البنوك وإلى باقى السجلات كما هو الحال بالنسبة لخطاب الضمان من عميل محلى، وتستعمل كذلك نفس النماذج.

ثـم يـتـم تـزو يـد الإدارة الـعـامـة بنسخة من خطاب الضمان الصادر و بنسخة من تعليمات البنك الأجنبى.

و بعدها يحفظ ملف خطاب الضمان الصادر بطلب من بنك أجنبى.

الـفـرع الـثـالـث

-الإجـراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان المتعلقة بالاعتماد المستندي

يـتـقـدم الـعميل إلى بنكه الذى تم بواسطته فتح الاعتماد المستندى بطلب لإصدار خـطـاب ضمان لأمر شركة الملاحة أو وكيلها فى المملكة العربية السعودية حتى يتمكن الـعـمـيـل مـن الحـصـول على أمر تسليم البضاعة التى وصلت إلى المملكة ولم تصل بعد المستندات الأصلية المتعلقة بها.

و يتضمن طلب العميل البيانات والشروط التالية:

- اسم وكيل شركة الملاحة فى المملكة وهو المستفيد من خطاب الضمان.
- نوع البضاعة وعددها.
- اسم الميناء الذى شحنت منه البضاعة.
- اسم الباخرة التى تم بواسطتها شحن البضاعة.
- رقم سند (بوليصة) الشحن.

- تعهد العميل بالحصول على سند (بوليصة) الشحن الأصلية خلال فترة ثلاثين يوما من تاريخ إصدار خطاب الضمان.
- تعهد العميل بتسليم البنك سند (بوليصته) الشحن الأصلية وتحمل دفع أى مبلغ فى حالة طلب ذلك.
- تفويض البنك من قبل العميل بقيد أية مبالغ يتوجب قيدها على حسابه نتيجة إصدار خطاب الضمان.
- إقرار العميل و بشكل صريح بقبول المستندات حال وصولها بغض النظر عن أى خلافات قد ترد عليها.

وعند تقديم الطلب يرسل الطلب إلى قسم الودائع حتى يتم التأكد من مطابقة التوقيع ومن كفاية رصيد حساب العميل. ثم يتم الرجوع إلى ملف الاعتماد المستندى وتحويل قيمته إلى الريال السعودى لقيدها على حساب العميل بعد طرح قيمة التأمين النقدى التى سبق قيدها على حساب العميل.

ثم يصدر قسم الاعتمادات المستندية مذكرة إلى قسم الكفالات حتى يقوم بإصدار خطاب الضمان الذى يتضمن اسم وكيل شركة الملاحة، ونوع البضاعة ورقم سند (بوليصة) الشحن واسم الباخرة وتوقيع صاحب البضاعة.

ثم يجهز الموظف المختص ملفا خاصا بخطاب الضمان الذى يعطى رقما متسلسلا فى سجل خطابات الضمان المتعلقة بالاعتماد المستندى، وهو نفس نموذج السجل الذى يستعمله البنك فى اصدار خطابات ضمان العملاء و يتم إجراء القيود النظامية.

و بعد ذلك تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات الذى يقوم بتدقيق بياناتها و يوقعها توقيعا أوليا، ثم تعرض على مراقب الدائرة الذى يقوم بدوره بالتدقيق والتوقيع.

ثـم تـعـاد المعاملة إلى قسم الكفالات الذى يقوم بتسليم العميل النسخة الأصلية، وتـسـلـيـم الـنـسـخـة الـثـانية الى قسم الاعتمادات المستندية لحفظها فى ملف الاعتماد المـسـتـنـدى، و يـتـم الـتـأشير على هـذا الملف بما يفيد إصدار خطاب الضمان، وتبقى الـنسخة الثالثة فى قسم الكفالات حتى يتمكن من الرجوع إليها كلما اقتضت الحاجة ذلك.

وتجدر الإشـارة إلى أن خـطـاب ضـمـان مستندات اعتماد مستندى لم تصل بعد، يتعلق بضمان تقديم سند الشحن الأصلى، ولايتعلق بضمان دفع قيمة البضاعة.

وعـنـدمـا تـصـل المـستندات الأصلية، يقوم قسم الاعتمادات المستندية بتظهير سند الشحن الأصلى لأمر المستفيد من خطاب الضمان الصادر أى لأمر وكيل شركة الملاحة وبـعـد ذلـك تحـول المـسـتـندات إلى قسم الكفالات الذى يقوم بإثبات ذلك على سجل الـكـفـالات وعلى مـلـف الكفالة. ثم يقوم بإرسالها إلى وكيل شركة الملاحة حتى تقوم بإعادة أصل خطاب الضمان إلى البنك حتى يتمكن هذا الأخير من الغائه.

وعـنـد استلام الأصل يقوم قسم الكفالات بإلغاء خطاب الضمان ثم يقوم بإجراء القيود العكسية النظامية المترتبة على الغاء خطاب الضمان.

المـبـحـث الـثـانـى

ـالإجراءات الشكلية الخاصة بتعديل خطابات الضمان

قـد يـرد على الـبـنـك طلب من العميل أو حتى من المستفيد من أجل تعديل خطاب الـضـمـان الذى سبق أن اصدره البنك، و يتعلق هذا التعديل إما بمدة صلاحية خطاب الضمان وإما بقيمته وإما بالغرض الذى صدر من أجله.

الفرع الأول

ـالتعديل المتعلق بمدة صلاحية خطابات الضمان

لما كان خطاب الضمان يصدر لمدة محددة، فإنه لايكون ملزما للبنك إلا خلال مدة سريانه، بحيث يسقط التزام البنك بانتهاء مدة صلاحية خطاب الضمان.

وقد يحدث أن تنتهى مدة سريان خطاب الضمان قبل أن ينقضى الغرض الذى صدر من أجله خطاب الضمان. وحتى يبقى التزام البنك قائما لتغطية الغرض، فالأصل أن يقدم العميل طلبا إلى البنك المصدر قبل انتهاء مدة سريان خطاب الضمان بقصد تمديد مدة صلاحيته. إلا أنه، عادة يقوم المستفيد، فى الحياة العملية، بتوجيه طلب إلى البنك مباشرة لأجل تمديد مدة سريان خطاب الضمان السارى، بالرغم من أن العلاقة الموجودة بين البنك والمستفيد تقتصر على التزام البنك بأداة قيمة خطاب الضمان لدى أول طلب يتقدم به المستفيد أثناء سريان خطاب الضمان.

ولهذا، قد يسبب هذا الطلب حرجا للبنك خاصة إذا كان المستفيد جهة حكومية، فهى تضمن طلب التمديد بشرط المطالبة بدفع القيمة فى حالة عدم تمديد سريان مفعول خطاب الضمان، بحيث يؤدى رفض البنك لتمديد صلاحية الضمان إلى مصادرة خطاب الضمان.

وحتى تتفادى البنوك هذه المشكلات مع المستفيدين ومع عملائها، فإنها نشيطه تضمين طلب اصدار خطاب الضمان يصرح العميل بموجبه للبنك بمد مدة سريان خطاب الضمان دون الرجوع إليه و بالرغم من أية معارضة من جانبه[1].

---

(١) انظر ماسبق الشروط التى يتضمنها طلب إصدار خطاب الضمان، ص ٩٤ ومابعدها.

ونرى أنه من صالح البنك والعميل أن يتضمن طلب اصدار خطاب الضمان هذا الشرط ، وذلك لأنه مادامت المطالبة بالتمديد قد صدرت أثناء سريان خطاب الضمان فإنه ليس للبنك إلا أن يستجيب لطلب الجهة المستفيدة بتمديد مدة سريان خطاب الضمان، وإلا فإن عليه أن يقوم بدفع قيمته فورا ، ونعتقد فى أن تمديد المدة أخف وطأة ، من الناحية المالية ، من دفع قيمة الضمان ، خاصة وأن البنك هو الملتزم الوحيد أمام المستفيد ، فهو الذى يتحمل جميع النتائج فى حالة امتناعة عن المديد أو عن الوفاء بالتزامه الوارد فى خطاب الضمان ، و بعد ذلك فإنه للبنك أن يرجع على العميل.

و بالرغم من وجود هذا الشرط فإننا نعتقد أنه يتعين على البنك إبلاغ العميل بفحوى طلب المستفيد المتعلق بمد مدة صلاحية خطاب الضمان دون أن يفهم من ذلك أن التمديد معلق على موافقة العميل.

وكذلك الشأن بالنسبة لخطاب الضمان الصادر بطلب من بنك أجنبى ، إذ يتعين على البنك المحلى اخطار البنك الأجنبى بطلب المستفيد لمد صلاحية الضمان ، وإبلاغه بأنه فى حالة عدم وصول موافقته على مد الصلاحية قبل انتهاء مدة سريان الضمان ، فإن البنك المحلى سيجد نفسه ملزما بأداء قيمة الضمان للجهة المستفيدة فى تاريخ انتهاء مدة السريان ، وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض[1].

و يقوم قسم الكفالات بالإجراءات الشكلية المتعلقة بتمديد صلاحية خطابات الضمان. فبعد استلام طلب العميل على النموذج المعد لهذا الغرض[2] ، أو طلب المستفيد بالصيغة التى يراها[3] ، يقوم الموظف المختص بإحضار ملف خطاب الضمان المطلوب

(١) انظر الملحقات ، النموذج (١٧) ، ص ٢٤٠

(٢) انظر الملحقات ، النموذج (١٨) ، ص ٢٤١

(٣) انظر النموذج الصادر عن وزارة المالية والاقتصاد الوطنى ، الملحقات نموذج (١٨/ب) ، ص ٢٤٢

تمديده و يتحقق من أن خطاب الضمان لايزال ساريا، ثم يتأكد من رقم الكفالة والغرض الذى صدرت من أجله، ومن مطابقة هذه البيانات مع ماورد بطلب التمديد.

ثم يقوم باحتساب العمولة الواجب استيفاؤها من العميل نتيجة تمديد خطاب الضمان. وتحتسب العمولة بنفس الطريقة التى تحتسب بها العمولة عند اصدار خطاب الضمان[1]. ثم يتم تحرير التمديد على النموذج الخاص به[2]، كما تحرر نسخة باللغة الانجليزية فى حالة ماإذا كان خطاب الضمان قد صدر بطلب من بنك أجنبى.

و يتضمن التمديد رقم خطاب الضمان، وتاريخ اصداره، ومبلغه، واسم المستفيد، واسم العميل، والغرض الذى صدر من أجله والمدة التى تم تجديدها.

و يتكون نموذج التمديد من ثلاث نسخ: بحيث ترسل النسخة الأولى إلى الجهة المستفيدة، أما الثانية فترسل إلى العميل لاخطاره بالتمديد، بينما يحتفظ بالنسخة الثالثة فى ملف الكفالة.

ثم يتم ترحيل التمديد إلى سجل الكفالات. و بعد ذلك تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات الذى يقوم بتدقيقها وتوقيعها توقيعا أوليا، وتحول بعد ذلك الى مراقب الدائرة الذى يقوم بدوره بتدقيقها وتوقيعها. ثم يقوم قسم الرسائل بارسال كل من النسخة الأولى إلى المستفيد، والنسخة الثانية إلى العميل، ويحتفظ بالنسخة الثالثة فى ملف الكفالة فى مكانه المسلسل.

و يقوم الموظف المختص بترحيل التمديد إلى كشف الكفالات التى تم تمديدها بتاريخه على النموذج المعد لهذا الغرض[3].

---

(١) انظر ماسبق ص ١٠٤ و ص ١٠٥.

(٢) انظر الملاحق، نموذج (١٩)، ص ٢٤٢.

(٣) انظر الملاحق، نموذج (٢٠)، ص ٢٤٣.

وتجدر الإشارة إلى أن التعديل المتعلق بمدة خطاب الضمان لايخص إلا التمديد أما إذا كان الأمر يتعلق بتخفيض المدة، فإن المستفيد يقوم بإرجاع خطاب الضمان قبل انتهاء مدته .

الفرع الثاني

ـ تعديل خطابات الضمان بزيادة أو تخفيض قيمتها

تقضي اللائحة التنفيذية لنظام مشتريات الحكومة بتمكين الجهة الإدارية من زيادة أو تخفيض التزامات المتعهد أو المقاول فى حدود ٢٠٪ من مجموع قيمة العقد[1] . و يقضي نظام تأمين مشتريات الحكومة بتمكين الجهة الإدارية من تقديم سلفة للمتعاقد معها فى حدود ٢٠٪ من المستحقات على أن تحسم هذه الدفعة على أقساط[2] . كما يقضي نفس النظام بجواز تخفيض الضمان النهائي فى عقود التشغيل والصيانة تدريجيا حسب تنفيذ الأعمال، شريطة ألا يقل عن الضمان اللازم لقيمة الأعمال المتبقية من العقد[3] . وفى كل هذه الحالات، قد يطلب العميل تعديل خطاب الضمان الذى تم إصداره إما بالزيادة أو بالتخفيض .

أولا ـ تعديل خطاب الضمان بالزيادة

فى حالة زيادة التزامات المقاول طالب إصدار خطاب الضمان نتيجة تكليفه من قبل الجهة الإدارية بأعمال إضافية، فإنه يتعين على المقاول تقديم طلب للبنك للقيام

(١) المادة ٢٥ من اللائحة التنفيذية

(٢) المادة ٨/أ من نظام تأمين مشتريات الحكومة

(٣) المادة ٧/ج من نفس النظام .

بإصدار خطاب ضمان جديد بالمبلغ الإضافي، تنتهي مدته فى نفس تاريخ خطاب الضمان الأول. وفى هذه الحالة يقوم البنك بنفس الإجراءات التى يقوم بها عند إصدار أي خطاب ضمان بطلب من العميل.

إلا أنه يمكن للبنك أن يقوم بإصدار خطاب ضمان جديد بالقيمة التى يتضمنها خطاب الضمان الأول مضافا اليها القيمة الجديدة بحيث يحمل الخطاب رقما جديدا وينتهي مفعول سريانه فى نفس تاريخ الضمان الأول ويحمل نفس غرض الضمان القديم، وبشكل أعم يتضمن كل بيانات الخطاب القديم ماعدا القيمة. وفى هذه الحالة أيضا، يقوم البنك بنفس الإجراءات التى يقوم بها فى حالة إصدار خطاب ضمان بطلب من العميل. إلا أنه يتعين عليه أن يقوم أيضا بإلغاء الخطاب القديم وإلغاء القيود الخاصة به عند إرجاعه له.

ولما كان ارجاع خطاب الضمان القديم قد يشكل خطرا على البنك فإنه سوف يطلب غطاء جديدا، وسوف يخصم قيمة خطاب الضمان الجديد من «رسك» العميل إلى أن يرجع إليه خطاب الضمان القديم و يقع الغاؤه. ولهذه الأسباب فقد جرت العادة فى العديد من البنوك اتباع الإجراء الأول والمتمثل فى إصدار خطاب ضمان جديد بالقيمة الإضافية و يبقى خطاب الضمان الأول قائما.

ثانيا ـ تعديل خطاب الضمان بالتخفيض

لما كان تخفيض قيمة خطاب الضمان يترتب عليه تخفيض التزامات البنك قبل المستفيد فإنه لايمكن أن يتم ذلك إلا بموافقة المستفيد من خطاب الضمان.

وعلى هذا الأساس، وفى حالة تخفيض قيمة الدفعة المقدمة تقوم الجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان ـ فى العادة ـ بإخطار البنك بذلك و بطلب تخفيض الضمان تبعا لذلك، بخطاب محرر بالصيغة التالية:

بسم الله الرحمن الرحيم

الجهة الحكومية	الرقم
ص ب	التاريخ
المملكة العربية السعودية	المرفقات

السادة / البنك ....

الموضوع: تخفيض قيمة خطاب ضمان.

بعد التحية ،

نشير إلى خطاب الضمان ٨٦/١٥٠ وتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٣م الممثل لمبلغ وقدره (٣٦٠٠٠٠) ريال المقدم عن مؤسسة يوسف الشهراني لقاء الدفعة المقدمة المصروفة لهم بنسبة ٢٠٪ عن عقدها المتعلق ببناء مستودعات.

نأمل توجيه من يلزم بتخفيض قيمة الضمان المذكور بحيث يصبح الرصيد بعد التخفيض مبلغ (٢٣٠٠٠٠) ريال سعودى (مائتين وثلاثين ألف ريال سعودي فقط)

ولكم فائق تحياتنا

مدير عام الشؤون الإدارية والمالية

وعند تسلم البنك الإخطار الصادر عن الجهة الحكومية المستفيدة من خطاب الضمان، يقوم الموظف المختص بالإجراءات الشكلية المتعلقة بتخفيض الضمان والتى تتمثل أساسا فى الخطوات التالية:

يقوم الموظف المختص بإحضار الملف الخاص بخطاب الضمان المعني بتخفيض القيمة، ثم يقوم بإعداد القيود النظامية الخاصة بتخفيض قيمة تعهدات العميل على

النموذج المعد لهذا الغرض[1] ، والخاصة بتخفيض قيمة التأمين المستوفى ، كما يقوم بتعديل «رسك العميل» بإضافة ماسيتم تخفيضه. ثم يتم ترحيل هذه التعديلات الى سجل الكفالات ، و بعد ذلك يقوم بتجهيز إشعار للعميل بتخفيض تعهداته على النموذج المعد لهذا الغرض[2] .

و بعد ذلك تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات حتى يقوم بتدقيقها وتوقيعها أوليا ، ثم تحول إلى مراقب الدائرة ليقوم بدوره بتدقيقها وتوقيعها .

ثم تنقل البيانات الخاصة بتخفيض خطاب الضمان إلى كشف بالكفالات الملغاة والمخفضة لدى البنك بتاريخه حسب النموذج المعد لهذا الغرض[3] .

و بعد ذلك يعاد ملف خطاب الضمان إلى مكانه حسب رقمه المسلسل .

المبحث الثالث

ـ الإجراءت الشكلية المتعلقة بانقضاء خطابات الضمان

ينقضي خطاب الضمان فى حالة مصادرته من قبل المستفيد وقبل انقضاء مدته ، كما ينقضي فى حالة إلغائه بانتهاء مدته . وفى ضوء الحالتين السابقتين سنبحث الإجراءات الشكلية الخاصة بكل حالة على حدة .

---

(١) انظر الملحقات ، نموذج (٢١) ، ص ٢٤٥

(٢) انظر الملحقات ، نموذج (٢٢) ، ص ٢٤٦

(٣) انظر الملحقات ، نموذج (٢٣) ، ص ٢٤٧

الفرع الأول

: مصادرة خطاب الضمان

عملا بالشروط التى يتضمنها خطاب الضمان، فإن البنك يتعهد تعهدا غير مشروط بأن يدفع للمستفيد من خطاب الضمان المبلغ المذكور به عند استلام أول اشعار خطي يصدر منه خلال مدة صلاحية الضمان، وذلك تبعا للتقدير المطلق من قبل المستفيد بوجود تقصير فى تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد، ومن ثم، يكون للمستفيد الحق فى مصادرة قيمة الضمان ومطالبة البنك بتسديد قيمته خلال مدة سريان خطاب الضمان، ولايمكن للبنك أن يرفض الوفاء حتى فى حالة معارضة العميل.

ففى حالة التقدير المطلق من قبل المستفيد بوجود تقصير فى تنفيذ شروط العقد، فإنه يرسل إلى البنك مصدر خطاب الضمان إشعارا يطالبه بموجبه بدفع قيمة الضمان، وذلك بالصيغة الموجودة بالصفحة المقابلة.

وعند تسلم البنك لمطالبة المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان فإنه يقوم بالإجراءات الشكلية الآتية:

يقوم البنك بإعلام الإدارة العامة بهذه المطالبة لتتمكن من اعادة دارسة الوضع المالي للعميل والنظر فى تمكين العميل من التسهيلات الائتمانية الممنوحة له.

ثم يقوم البنك بإخطار العميل للعلم، حتى يتمكن من حل النزاع بينه و بين المستفيد بطريقة مباشرة، ومن ثم يقوم المستفيد بالتراجع عن المطالبة.

بسم الله الرحمن الرحيم

الجهة الإدارية	الرقم
ص ب	التاريخ
المملكة العربية السعودية	المرفقات

الموضوع: طلب مصادرة خطاب الضمان

حضرة / البنك ....

تحية واحتراما

أما بعد

نشير إلى خطاب الضمان رقم ٨٦/١٥٦ وتاريخ ١٤٠٦/٣/٢٣هـ الصادر عنكم كطلب عملائكم مؤسسة يوسف الشهراني، والذى يسري مفعول صلاحيته حتى تاريخ ١٤٠٨/٣/٢٣هـ.

نأمل تزو يدنا بشيك بمبلغ (١٥٠٠٠٠) ريال سعودي (فقط مائة وخمسون ألف ريال سعودي) لأمر الجهة المذكورة أعلاه، قيمة خطاب الضمان المذكور، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ خطابنا هذا، وذلك لعدم وفاء مؤسسة يوسف الشهراني بالتزاماتها.

هذ وسوف نعيد لكم خطاب الضمان حال استلامنا للقيمة.

ولكم تحياتنا

مدير عام الشؤون الإدارية والمالية

وفى حالة اصرار المستفيد على المطالبة بقيمة الضمان، يقوم الموظف المختص بقيد القيمة المطلوبة على حساب العميل بعد خصم التأمين النقدي الذى سبق أن تم استيفاؤه من قبل البنك.

وبعد ذلك يتم دفع قيمة الضمان من قبل البنك للمستفيد بواسطة شيك، ويجري الموظف القيد النظامي بإلغاء تعهد العميل.

و يرسل البنك الشيك إلى الجهة الإدارية المستفيدة بالبريد المسجل.

ثم يتم الترحيل إلى سجل الكفالات لإثبات إلغاء خطاب الضمان مع ملاحظة أن القيمة قد تمت مصادرتها.

وتعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات للتدقيق والتوقيع الأولي ثم تعرض على مراقب الدائرة الذى يقوم أيضا بالتدقيق والتوقيع.

و بعد ذلك يقع تسجيل خطاب الضمان فى كشف الكفالات المدفوعة أو المقام بها قضايا طبقا للنموذج المعد لهذا الغرض[1]، كما يتم الترحيل إلى باقي السجلات: سجل الاستحقاق وسجل «رسك» العميل.

و بذلك ينقضي تعهد البنك قبل المستفيد، و ينقضى تعهد العميل قبل البنك. إلا أنه فى حالة عدم كفاية رصيد العميل فى حسابه الجاري لدى البنك لتغطيه المبلغ، فإنه، بالرغم من ذلك، يتعين على البنك دفع قيمة الضمان للمستفيد، وتبقى هذ القيمة التى لم يغطها الرصيد كتسهيل ائتماني للعميل يمكن للبنك استيفاؤه من الغطاء العيني أو من الكفيل الشخصي.

---

(١) انظر الملحقات، نموذج (٢٤)، ص ٢٤٨

الفرع الثاني

إلغاء خطابات الضمان

يقوم البنك بإلغاء خطاب الضمان إذا أعيد إليه قبل انتهاء مدة صلاحيته متى انتهى الغرض منه أو عند انقضاء أجل الضمان دون أن تصله أية مطالبة من المستفيد.

أولا ـ إلغاء خطاب الضمان المعاد إلى البنك قبل انقضاء مدته لانتهاء الغرض منه

تقوم الجهة المستفيدة فى العادة إخطار البنك بالإفراج عن خطاب الضمان الصادر عنه وذلك طبقا للنموذج المعد لهذا الغرض[1]، و يرفق بالإشعار خطاب الضمان المراد إلغاؤه لانتهاء الغرض منه.

ففي حالة خطابات الضمان الابتدائية قد قضت المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة بأنه: «ترد الضمانات المؤقتة إلى أصحاب الغروض غير المقبولة فورا بعد البت فى العروض، دون حاجة إلى طلب يقدم من أصحابها».

أما بالنسبة لخطابات الضمان النهائية، فقد جاء بتعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٤٣٣١/١٢ وتاريخ ١٣٩٩/٨/٢١هـ ضرورة سرعة الإفراج عن الضمانات النهائية بعد تسليم الأعمال تسليما ابتدائيا أو نهائيا حسب الأحوال.

---

(١) انظر الملاحق، نموذج (٢٥)، ص ٢٤٩

وعندما يتسلم البنك النسخة الأصلية من خطاب الضمان وكتاب الجهة المستفيدة منه، يقوم بالإجراءات الشكلية التالية:

يقوم الموظف المختص بإحضار ملف خطاب الضمان الخاص، وتجهيز القيود النظامية العكسية لتحرير التأمين وتعهدات العميل، والترحيل لسجل الكفالات، ثم تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات الذى يقوم بتدقيقها وتوقيعها توقيعا أوليا، ثم تعرض على مراقب الدائرة الذى يقوم بدوره بتدقيقها وتوقيعها توقيعا ثانيا. ثم تحول المحسوبات لإجراء القيود النظامية، و يرسل اشعار للعميل بالقيد لحسابه.

ثم يقوم الموظف المختص بالترحيل بما يفيد الإلغاء إلى الكشف اليومي بالكفالات المعادة والملفات وإلى باقي السجلات: سجل الاستحقاق وسجل «رسك» العميل.
ثم يتم حفظ أصل الضمان المعاد وكتاب الجهة المستفيدة والنسخة الثانية من القيد لحساب العميل ويحفظ الملف.

ثانيا ـ إلغاء خطابات الضمان عند انتهاء أجله دون تسلم أية مطالبة من المستفيد

الأصل فى مجال خطاب الضمان هو أن يعاد إلى البنك عند انتهاء مدة صلاحيته خاصة إذا لم يكن مايستدعي المطالبة بكل أو ببعض قيمته من قبل المستفيد.

إلا أنه وبالرغم من نص المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ومن تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٤٣٣١/١٢ وتاريخ ١٣٩٩/٨/٢١هـ، يلاحظ أن بعض الجهات الحكومية لا تراعي قاعدة إعادة خطابات الضمان إلى البنوك حتى تقوم بإلغائها عند انتهاء مدة صلاحيتها، الشيء الذي يسبب

بعض الحرج للبنك مصدر خطاب الضمان، حيث لا يمكن له إتمام الإجراءات الخاصة بإلغائه، وذلك لأن استرجاع البنك لأصل خطاب الضمان يعتبر من الأمور الضرورية لاستكمال ملفاته.

ولهذه الأسباب فقد جرت العادة فى بعض البنوك، ومن قبيل الاحتياط الكلي، على عدم الإفراج عن التأمين النقدي وعن تعهدات العميل قبل انقضاء مدة يحددها البنك من نهاية مدة الضمان، إذ لم يسترجع البنك أصل خطاب الضمان.

وقد ذهبت بعض البنوك الأخرى[1] إلى تضمين طلب إصدار خطاب الضمان شرطا يقضي بما يلي: «طالب الضمان سوف يدفع للبنك ـ كتأمين ـ المبلغ الذى يراه البنك ضروريا. وإن ذلك التأمين سوف يعاد لطالب الضمان بعد أن يكون البنك قد تسلم نسخة الضمان الأصلية نظرا لأن بعض الدوائر الرسمية تعتبر أن البنك ملزم حتى ذلك الوقت دون الأخذ فى الاعتبار تاريخ الصلاحية الحقيقية لخطاب الضمان».

أما البعض الآخر من البنوك فقد ذهب إلى الأخذ بانتهاء صلاحية خطاب الضمان، فانقضاء هذه المدة يرتب انقضاء التزامه، ومن ثم فإن البنك لا يقبل أية مطالبة بعد انقضاء هذه المحددة.

ونعتقد أنه، لما كانت صيغة خطاب الضمان تتضمن عبارة: «يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم..... من الشهر..... من عام..... هجرية» ولما كانت القواعد القانونية العامة فى مجال الالتزام تقضي بانقضاء الالتزام بانتهاء المدة المتفق

---

(١) انظر نموذج طلب إصدار خطاب الضمان المجهز من قبل البنك السعودي الفرنسي، بالملحقات، ص ٢١٨.

عليها[1] ، فإننا نرى أنه لا يمكن للجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان أن تطالب بقيمته بعد انتهاء مدته المحددة.

وفى كل هذه الحالات، وعند قيام البنك بإلغاء خطاب الضمان، فإن البنك يقوم بذات الإجراءات الشكلية السابقة والمتعلقة بإلغاء خطاب الضمان عند حصوله على النسخة الأصلية.

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٢٩:

«الحق الشخصي، أي الالتزام، بخلاف الحق العيني، مصيره حتما إلى الزوال. فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزما للدائن إلى الأبد، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية. والأصل براءة الذمة أما شغلها فأمر عارض، والعارض لا يدوم».

الباب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على خطابات الضمان

لما كان خطاب الضمان تصرفا قانونيا يلتزم بموجبه البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد، فإن ينشيء حقا مباشرا للمستفيد مستمدا من تعهد البنك.

وعند طلب إصدار خطاب الضمان، فإن العميل يلتزم بتقديم التأمين النقدي أو الغطاء المتفق عليه كما يلتزم بتحمل كل المصاريف والتعويضات المترتبة على خطاب الضمان.

ويأتي خطاب الضمان نتيجة علاقة أصلية بين العميل طالب إصدار خطاب الضمان والمستفيد منه.

وقد يطرأ أثناء سريان خطاب الضمان وقبل أداء قيمته من قبل البنك للمستفيد، أوحتى بعد أداء قيمته ما يستدعي توقيع الحجز على هذه القيمة من قبل دائني العميل طالب إصدار خطاب الضمان أو من قبل دائني المستفيد منه، مما ينشيء علاقة بين أطراف خطاب الضمان والغير.

وبالرغم من وجود كل هذه العلاقات القانونية المترتبة على خطاب الضمان ومن تشعبها، فإن المنظم السعودي شأنه فى ذلك شأن العديد من المشرعين فى البلدان الأخرى، لم يتدخل لوضع القواعد الكفيلة لتحديد هذه الآثار القانونية المترتبة على هذه العلاقات وأمام هذا الفراغ النظامى الخاص، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد القانونية العامة لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، ثم تحديد الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان فى علاقة الأطراف، هذه العلاقة الثلاثية التى أنشأها خطاب الضمان والمتمثلة فى علاقة البنك بالعميل، وعلاقة البنك بالمستفيد، وعلاقة العميل بالمستفيد، وتحديد هذه الآثار فى علاقة الأطراف بالغير.

الآثار القانونية المترتبة على خطابات الضمان فى علاقة الأطراف فى ضوء طبيعته القانونية

ذهب الفقه إلى تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان بالرجوع إلى القواعد المدنية[1] . ومن الواضح أن الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان فى علاقة الأطراف سوف تتأثر حتما بطبيعته القانونية، وهذا مايدعونا إلى البحث فى مدى صلاحية هذه الأفكار المدنية لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان ومن ثم الآثار القانونية التى تتولد عنه فى علاقة الأطراف.

إلا أنه يتعين علينا ملاحظة أن التزام البنك التزام من نوع خاص، مما قد يخرجنا عن الإطار المدني التقليدى العام و يدعونا إلى البحث فى هذا المجال الخاص لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، ثم الآثار القانونية المترتبة عليه فى علاقة الأطراف.

المبحث الأول -

مدى صلاحية القواعد المدنية لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان وتفسير الآثار القانونية المترتبة عليه

يتنازع الفقه أربعة آراء لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، فمنهم من ذهب إلى القول بأن خطاب الضمان هو عبارة عن عقد كفالة ومنهم من قال بأنه إنابة، ومنهم من قال بأنه عقد اشتراط لمصلحة الغير، ومنهم من رأى أنه إرادة منفردة.

---

(١) انظر فى هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها.

الفرع الأول

مدى صلاحية فكرة الكفالة لتفسير الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان

ذهب رأي فقهي مؤيد بجانب من الاجتهاد القضائي فى بعض البلدان[1] إلى القول بأن خطاب الضمان هو نوع من أنواع الكفالة يلتزم بموجبها البنك كفالة عميله بتنفيذ التزامه تنفيذا كاملا وجيدا، بحيث يتحمل البنك دفع قيمة خطاب الضمان فى حالة تقصير العميل فى تنفيذ التزامه، فالكفالة هى أساس التزام البنك عند إصداره لخطاب الضمان.

وقد جاء هذا الرأي نتيجة ما تتضمنه نماذج عقود خطابات الضمان التى تلتزم بموجبها البنوك، حيث أن تعهد البنك يقضي بأنه يضمن دفع المبلغ المحدد فى خطاب الضمان خلال المدة المعينة وفقا لأحكام القانون المدني، وبناء على صيغة هذا التعهد قضت محكم التعقيب الفرنسية[1] بخضوع ضمان البنك إلى أحكام الكفالة العادية المنصوص عليها فى القانون المدني، واعتبرت التزام البنك التزاما تابعا لالتزام أصلي، وهو التزام العميل.

وقد قضت بإلزام البنك بوفاء قيمة ما التزم بضمانه حتى ولو أصدر العميل أمرا بعدم الوفاء، ولايعنى هذا أن محكمة التعقيب الفرنسية، أنها ناقضت نفسها عندما

---

(١) انظر فى هذا الشأن الاجتهاد الفرنسي :

Cass. 14 Janvier 1963, Rev. Banque, Mars 1963, No 201, p. 199 - Com. 5 décembre 1967 et 28 octobre 1968, Rev. Banque 1968, No 275 - Civ. 16 Fevrier 1970, Rev. Banque 1970, No 289 p. 923.

(١) انظر الهامش (١) ص ١٣٨.

اعتبرت التزام البنك التزاما تابعا ثم لم تمكن العميل من أمر البنك بعدم الوفاء، وهذا قد يعني استقلال التزام البنك، وإنما يرجع السبب فى ذلك إلى أنها قد ذهبت إلى القول بأن تعهد البنك محدد بفترة زمنية معينة ومن ثم لا يمكن للبنك أن يتخلى عن التزامه خلالها وإلى جانب هذا النوع من العقود، فقد التزمت البنوك الفرنسية بعقود خطابات ضمان من نوع آخر، حيث ورد بنصها تعهد البنك بشكل بات ومستقل ومنجز وقد يكون هذا التعهد مشروطا أو غير مشروط، فالتعهد المشروط يتضمن شرطا يتوقف على حدوثه تنفيذ التزام البنك، كأن يرد بصيغة تعهد البنك شرط يلزم المستفيد بأن يثبت بان العميل طالب إصدار خطاب الضمان قد قصر فى تنفيذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقد الأصلي المبرم بين المستفيد والعميل. وقد ورد مثل هذا الشرط فى صيغة خطاب ضمان أصدره بنك فرنسي (البنك الفرنسي الروماني) حيث جاء به: «نضمن بشكل بات دفع مبلغ ٢٤٠٠٠٠ فرنك فرنسي لفائدة أوبنتر ولدى أول طلب يثبت أن داكوماكس لم ينفذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقود.....»، وكان هذا الضمان محل نزاع المحكمة التجارية بباريس ثم أما محكمة الاستئناف بباريس[1].

أما التعهد غير المشروط، فلا يتضمن أي شرط يوقف تنفيذ التزام البنك، بحيث يلتزم البنك التزاما مجردا بأن يدفع للمستفيد من خطاب الضمان مبلغا من النقود لدى أول طلب منه وبالرغم من أية معارضة من العميل. وقد وردت هذه الصيغة فى خطاب ضمان أصدره «ضراب بنك» كان محل نزاع أمام المحكمة الابتدائية بباريس، حيث جاءت عبارته «نتعهد بموجب هذا الضمان بأن نضع تحت تصرفكم ولدى أول طلب

---

(1) "... Nous garantissons de payer à Opinter ... 240.000 f.f. irrévocablement et à la première demande justifiée confirmant que Dacomex n'a pas exécuté ses obligations conformément aux contrats ...". Voir C. A. Paris 24 novembre 1981, D 1982, p. 296, Note M. Vasseur - Trib. de com. de Paris, 24 mars 1981, 1ere espèce, D. 1981 p. 482, Note H. Vasseur.

منكم يرد إلينا و برغم أية معارضة من الأطراف المتعاقدة، مبلغا وقدره ٢١٧٩١٠ دولار أمريكي[١] ».

وتجدر الإشارة إلى خطابات الضمان التى تصدرها البنوك فى المملكة العربية السعودية تتضمن - شأنها فى ذلك شأن البنوك الفرنسية - تعهدا باتا ومستقلا ومنجزا وغير مشروط بالنسبة لخطابات الضمان الابتدائية، ومشروطا بالنسبة لخطابات الضمان النهائية بوجود تقصير فى تنفيذ العقد الأصلي، مع ملاحظة أنه يرجع للمستفيد وحده و بشكل مطلق حق تقدير التقصير من عدمه[٢].

وهكذا نتبين أن تعهد البنك فى هذا النوع من خطابات الضمان يتميز بالاستقلالية عن الإلتزام الأصلي و بالتجريد، و بالتالي لا يمكن أن يكون كما هو الحال بالنسبة للكفالة التزاما تابعا للالتزام الأصلي.

ومن هذا المنطلق يتضح لنا أن فكرة الكفالة لا تكفي لتفسير عدد من الآثار القانونية المترتبة على عملية خطاب الضمان، فهي لا تفسر خاصة قاعدة استقلال التزام البنك قبل المستفيد عن الالتزام الأصلي لعميله قبل المستفيد، فليس للبنك أن يحتج فى مواجهة المستفيد بالدفوع التى تكون للعميل والمستمدة من العلاقة الأصلية. كما أنه لايمكن للكفالة أن تفسر ميزة خطاب الضمان المتمثلة فى أنه بديل عن التأمين النقدى، فحصول المستفيد على خطاب الضمان يجعله وكأنه قد حصل على تقديم تأمين نقدى.

---

(1) "... Nous nous engageons, par les présentes, à tenir à votre disposition, à titre de dépôt de garantie, libre d'intérêts et payable comptant à votre première demande et nonobstant toute contestation de la part des parties contractantes, le montant de 217910 US Dollars, Attendu que la garantie donnée à la N. B. E par la FRAB Bank présente un caractère inconditionnel, donc indépendant du contentieux pouvant exister entre l'acheteur et le vendeur", voir Trib. G. Inst. de Paris 11 juillet 1980, 3e Espéce, D. 1981, p 336, Note M. Vasseur.

(٢) انظر ما سبق ص ٤٩، ص ٥٠

ولا يمكن أيضا للكفالة أن تفسر عدم التزام البنك بإخطار عميله قبل القيام بوفاء قيمة خطاب الضمان متى طلب ذلك العميل، فهذا الشرط يجعل من تعهد البنك تعهدا باتا ومجردا[1] .

ولهذه الأسباب، فإنه يتعين البحث فى الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، وفى الآثار المترتبة عليه بعيدا عن فكرة الكفالة، ولعلنا نجد هذه الطبيعة وهذه الآثار فى فكرة الإنابة.

الفرع الثاني

مدى صلاحية فكرة الإنابة لتفسير الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان

الإنابة (Ladelegation)[1] تصرف قانوني يتمثل فى قبول شخص يسمى المناب (Le delegue) للوفاء بالتزام شخص آخر يعرف بالمنيب (Le delegant) لشخص ثالث

---

(١) وقد عبر عن نفس الفكرة الفقيهين الفرنسيين قافلدا وستوفلي :

C. Gavalda et J. Stoufflet : La lettre de garantie internationale, Rev. Trim. de dr. Com. et de dr. Eco. 1980 p.3 : "Pour une garantie d'exécution fournie par un tiers, le cautionnement paraît, de prime abord, la technique juridique appropriée. En fait cette sûrete n'est plus jugée aujour d'hui énergique dans le commerce international. Elle est en fait affectée d'un vice congénital : le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution. Même solidaire la caution n'est tenue, selon les articles 2013 et 2036 du code civil et selon les dispositions voisines des droits étrangers, que, dans la mesure où le débiteur principal est lui même obligé, ce qui lui permet, en principe, de tenir en échec les poursuites du créancier en se prévalant des exceptions dont dispose le débiteur principal. Rationnelle, imposée, semble - t - il, par l'équité, la solution est pourtant considérée dans la pratique comme inacceptable, parce qu'elle ouvre à la caution le moyen de contester son obligation et de gagner du temps, soit à sa propre initiative, soit, plus souvent, sous la pression du débiteur principal. La sûreté s'en trouve considérablement affaiblie.

On s'est, dès lors, orienté vers une formule de garantie autonome, le garant s'obligeant envers le bénéficiaire, à des conditions qui sont, juridiquement, indépendantes de l'opération principale (contrat commercial). Cette, garantie consentie par une banque, ou un établissement assimilé ou une société d'assurance est dénommée garantie contractuelle ou garantie abstraite".

(1) A. Weill et f. Terré, Droit civil, les obligations, Ed. Dalloz, 1980, p. 1098 Article 1276 C Civ. Français.

وهو المناب لديه (Le delegataire) . وبذلك يتسنى للمنيب الوفاء بالتزام فى ذمته للمناب لديه بواسطة المناب الذى عادة ما يكون مدينا له .

وقد تتفق أطراف الإنابة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين[2] ، وتعرف الإنابة فى هذه الحالة بالإنابة الكاملة (delegation parfaite) ، أما إذا لم تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين، وبقي المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب، فإنه يصبح للمناب لديه مدينان أى المنيب وهو المدين الأصلي والمناب وهو المدين الجديد، وتعرف هذه الإنابة بالإنابة القاصرة (delegation imparfaite) . وإذا كانت الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد فإن الإنابة القاصرة لا تبرىء ذمة المنيب نحو المناب لديه وإنما تضيف مدينا جديدا بجانب المدين الأصلي، بحيث يبقى المنيب مدينا للمناب لديه، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه، أو إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلي الذى فى ذمته، وبمجرد أن يقوم أحد المدينين بالوفاء للمناب لديه تبرأ ذمة الآخر.

ويمكن للمناب لديه أن يطالب أيا من المدينين ـ المنيب أو المناب ـ بوفاء قيمة الدين دون أن يلتزم بترتيب معين فى رجوعه.

---

(٢) الفصل ٣٦٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

المادة ١/٣٦٠ من التقنين المدني المصرى : «إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، و يترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا، وألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة» .

أما فى الإنابة الكاملة، فإنه لما كانت ترتب تجديد الدين و براءة ذمة المدين الأصلي - المنيب - فإنها تتطلب عملا بتقنين العديد من البلدان اتفاق الأطراف بشكل صريح، فالتجديد لا يُفترض فى الإنابة[1].

و يترتب على الإنابة الكاملة عدم تمكين المدين بالدين الجديد، أي المناب الملتزم بالدين الجديد، عند رجوع المناب لديه عليه، من أن يحتج على هذا الدائن الجديد بالدفوع التى كان له أن يحتج بها على المنيب فى الدين الذى كان للمنيب فى ذمة المناب، وذلك لأنه لا وجود لأي علاقة بين هذا الدين الذى كان فى ذمة المناب لفائدة المنيب و بين الالتزام الجديد الذى أنشأ دينا جديدا فى ذمة المناب لديه، ولهذا يعتبر الالتزام الجديد التزاما مجردا (obligation abstraite) بالنسبة إلى الإلتزام الذى كان فى ذمة المناب للمنيب[1].

---

(1) Article 1275 C. Civ. Français : "la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation"

Article 1277 C. Civ. Français : "la simple indication faite, par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place n'opère point de novation.

Il en est de même de la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui"

المادة ٣٦٠/١ من التقنين المدني المصري: «ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد، قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول».

الفصل ٣٦٣ من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية.

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء ٣، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٨، ص ٨٦٦.

A. Weill et f. Tarre, op. cit. p. 1101.

Article 1276 C. civ. Francais.

المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري: «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

الفصل ٣٦٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

وقد رتب الفقه والقضاء فى بعض البلدان هذا الأثر التجريدي على الإنابة القاصرة أيضا، وذلك بناء على عمومية النص الوارد فى هذا الشأن[1].

وانطلاقا من هذه القواعد العامة للإنابة ذهب بعض الفقهاء[2] إلى القول بأن اساس التزام البنك يكمن فى الإنابة حيث يعتبر البنك نائبا عن العميل عند اصداره لخطاب الضمان.

فالعميل عندما يريد تقديم عطاء أو التعاقد مع جهة إدارية، فإنه يلتزم بتقديم تأمين نقدي لهذه الجهة، وذلك لضمان جدية عطائه أو حسن تنفيذه للالتزام الأصلي، إلا أن النظام قد استعاض عن هذا التأمين النقدي بتقديم مدين آخر يلتزم بوفاء مبلغ محدد من النقود، وإذا قبلت الجهة المستفيدة بالتزام البنك اصبح العقد إنابة وأنشأ التزاما أصليا ومباشرا فى ذمة البنك ومستقلا عن التزام العميل.

فهذا الالتزام يتسم بالتجريد ولا يتأثر بالعلاقة الموجودة بين البنك (المناب) والعميل (المنيب) و يترتب على ذلك أنه يمكن للبنك (المناب) التمسك بالدفوع التى

---

1 - Article 1276 C. civ. Francais.

المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري.

عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق ص ٨٧٠ و ٨٧١ و ٨٧٢.

A. Weill et F. Terre, op. cit. p. 1101.

Reg. 7 mars 1855, DP. 1855 p. 107, S 1855, I, p. 577, Les Grands arrets de lo jp.

civ, no 161, civ. 26 janvier 1960, Bull. civ. 1960, I, no 55, p 44.

و يبدو أن المشرع التونسي لم يسلك نفس المسلك، بل قصر الأثر التجريدي على الإنابة الكاملة، فقد ورد بنص الفصل ٢٣٤ من مجلة الالتزامات والعقود أنه يمكن للمدين المناب أن يدفع ضد الدائن المناب لديه بكل الدفوع التى تكون له ضد الدائن المنيب، حتى ولو كانت هذه الدفوع شخصية لهذا الأخير.

(٢) انظر فى هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق ص ٦٨. والتى ذكرت زكي الشبيني وفاروق غلاب: مؤتمر المحامين العرب السادس، ١٩٦١ وعبدالمنعم حسني: الحجز الإدارى علما وعملا، ١٩٦٧ - ١٩٦٨، ص ٣٨٩ وما بعدها.

تكون للعميل (المنيب) فى مواجهة الجهة المستفيدة (المناب لديه) ولكن لايمكن له أن يتمسك فى مواجهة المستفيد بدفوعه قبل العميل[1] .

وتبعا لهذا التجريد، فإنه لايكون للبنك المصدر لخطاب الضمان، عند تقديم طلب من المستفيد للوفاء بقيمته، أن يرفض التسديد وأن يدفع بأي منازعة يكون أساسها العقد الأصلي بين الجهة المستفيدة والعميل وتتعلق باستحقاق الجهة الإدارية لاقتضاء قيمة خطاب الضمان، بل يتعين على البنك تسديد ما رتبه خطاب الضمان فى ذمته من التزام أصلي ومباشر ومستقل دون الأخذ فى الإعتبار علاقة العميل بالمستفيد، وحتى معارضة العميل.

ومن الواضح أنه يمكن لفكرة الإنابة أن تفسر تجريد التزام البنك إلا أنه لايمكنها تفسير التزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان، ذلك للأسباب التالية:

١ - يقتضي عقد الإنابة توافر إرادة كل الأطراف - المنيب، والمناب، والمناب لديه -، فعقد الإنابة ينعقد بين المناب والمناب لديه، بينما يصدر خطاب الضمان من البنك بناء على طلب العميل ودون تدخل من المستفيد، ثم إن التزام البنك التزام أصيل، ولا يعتبر البنك نائبا ولا وكيلا عن عميله.

٢ - إذا أخذنا بالإنابة القاصرة، يكون العميل (المنيب) مدينا الى جانب البنك (المناب) بحيث يكون للمستفيد مدينان، وهذا غير صحيح فى حالة إصدار خطاب الضمان، فالبنك هو المدين الوحيد للمستفيد بقيمة خطاب الضمان وذلك خلال مدة سريانه، فلا يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة خطاب الضمان من غير البنك.

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن أثر التجريد، وإن كان بالإمكان تطبيقه بالنسبة للإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد السوى فى نطاق القانون الفرنسي والقانون المصري، فإنه لا يمكن تطبيقه بالنسبة للإنابة القاصرة فى القانون التونسي حيث قضى الفصل ٢٣٤ من مجلة الالتزامات والعقود بتمكين المناب من التمسك ضد المناب لديه بالدفوع التى تكون له ضد المنيب (انظر ماسبق ص ١٤٦، هامش ١).

٣ - يمكن، فى الإنابة، للبنك (المناب) أن يدفع فى مواجهة المستفيد المناب لديه بالدفوع التى تكون للعميل (المنيب) فى مواجهة المستفيد، وهذا غير صحيح فى حالة اصدار خطاب الضمان، فالتزام البنك مستقل وقطعي ومجرد، فهو يلتزم بدفع قيمة خطاب الضمان لدى أول طلب يصله من المستفيد وحتى فى حالة معارضة العميل.

٤ - فى الإنابة القاصرة، وفى حالة وفاء المناب لقيمة الدين للمناب لديه، فإنه يمكن للمناب أن يرجع على المنيب بما تم دفعه على أساس الوكالة إن وجد اتفاق يقضي بذلك، أو على أساس الفضالة إذا توافرت شروطها أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، بينما فى حالة وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان فإنه يمكنه الرجوع على العميل على أساس الشروط التى تضمنها الطلب الذى تقدم به العميل للبنك لإصدار خطاب الضمان.

وهكذا نتبين أن فكرة الإنابة لايمكن لها أن تفسر كل جوانب الأساس القانوني لالتزام البنك الناشىء عن خطاب الضمان، ومن ثم فإنه يتعين علينا البحث عن هذا الأساس خارج فكرة الإنابة، مما يجرنا الى النظر فى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثالث

مدى صلاحية فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لتفسير الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان

الاشتراط لمصلحة الغير (La stipulation pour autrui) هو تصرف قانوني يشترط بموجبه شخص و يعرف المشترط (Le stiputant) على شخص آخر و يسمى المتعهد

(Le promettant) أن يـؤدىَ إلى شخص ثـالث أجنبـي عن هذا التصرف القانوني و يعرف بالمنتفع أو المستفيد (Le benejiciaire) حقا معينا[1].

وجـاء الاشـتـراط لمصلحة الغير كاستثناء لقاعدة نسبية أثر العقد المنصوص عليها فى العديد من التقنينات[2].

وقـد تـعددت صور تطبيق الإشتراط لمصلحة الغير برغم قصور بعض التقنيات المدنية فيـمـا يخص الأحـكـام الـعامة المتعلقة بشروط الاشتراط لمصلحة الغير و بالآثار المترتبة عليه[3].

ولا يـسـعنا فى هذا المجال إلا أن نذكر أهم خصائص قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير والـتـى تتمثل فى أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع، و يبقى المستفيد أجنبيا عن العقد حتى بعد قبوله للاشتراط، كما أنه لا يمكن للمشترط أن ينقض المشارطة، وتكون

---

(١) انـظـر بـشـأن الاشـتـراط لمـصلحة الغير: ـ عبدالرزاق السنهورى، **الوجيز فى شرح القانون المدني: نظرية الإلتزام بوجه عام**، دار النهضة العربية، ١٩٦٦م، ص ٢١٩ وما بعدها.

ـ عـبـدالـفـتـاح عـبـدالباقي، **موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإدارة المنفردة**، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م، ص ٥٨٩ وما بعدها.

A. Weill et f. Terré, op. cit. p. 610 et S.

(2) Article 1565 C. Civ. Français : "Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers, elles ne leur profitent que dans les cas prévus par l'article 1121".

الفصل ٢٤٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

المادة ١٥٢ من التقنين المدني المصري: «لا يرتب العقد التزاما فى ذمة العقد ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

وتجدر الإشـارة إلى أن الاستثناء المتعلق باكتساب الحق جاء مطلقا فى القانون المصري، بينما قيده المشرع الفرنسي بالمادة «٢» وقيده المشرع التونسي بالحالات التى يقضي بها نص صريح.

(٣) وإن وضـع المـشـرع المـصرى أحـكـامـا مـتـكاملة لضبط شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره القانونية (المواد ١٥٤ ـ ١٥٦)، جـعـلـت الـتـقـنين المدني المصري يأخذ بآخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، فإن التقنين الفرنسي لازال يعاني بعض الفراغ حيث لم تورد المادة «٢» من المجلة المدنية الا الشروط المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير وسكتت عن الآثار المترتبة عليه، أما التقنين المدني التونسى، فإنه لم يورد هذه الأحكام العامة.

للمشترط مصلحة مادية أو أدبية فى الاشتراط ، و يتميز أيضا الاشتراط لمصلحة الغير بأن إرادة الطرفين فى العقد تتجه إلى منح المنتفع حقا مباشرا.

وتبرز أهم الآثار المترتبة على الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العلاقات المتولدة عن هذه العملية ، فبالنسبة للعلاقة بين المشترط والمتعهد، فيحكمها عقد الاشتراط ، فللمتعهد أن يطالب المشترط بأداء التزاماته المتولدة على عقد الاشتراط ، وللمشترط بدوره أن يطالب المتعهد بالوفاء بالتزاماته طبقا لما ورد بهذا العقد. أما بالنسبة للعلاقة بين المشترط والمنتفع، فإن العقد لا يجمع بينهما ، فأساس الاشتراط رابطة مادية أو معنوية بينهما جعلت المشترط يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء الحق للمنتفع. وأخيرا بالنسبة للعلاقة بين المتعهد والمنتفع فإن هذا الأخير يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط ، ومع ذلك، فإن الاشتراط يثبت للمنتفع فى مواجهة المتعهد حقا شخصيا ومباشرا وخاصا به، ومن ثم فإن المنتفع لا يخضع ، بالنسبة لهذا الحق الذى تلقاه من عقد الاشتراط لمزاحمة دائني المشترط ، أما بالنسبة للمتعهد فإن المنتفع يخضع لمزاحمة دائنيه ، كما يمكن للمتعهد، عند مطالبة المستفيد بحقه المشترط له ضده، أن يتمسك فى مواجهته بكل الدفوع المستمدة من عقد الاشتراط[١] ، كأن يتمسك ببطلان العقد أو إبطاله، أو ان يطلب فسخه أو أن يطالب بعدم تنفيذ التزاماته حتى تؤدى الالتزامات التى يفرضها عقد المشارطة على المشترط ، وأخيرا يلتزم المتعهد فى حدود ما جاء فى عقد الاشتراط ، فحق المنتفع مقيد بذلك.

وانطلاقا من هذه المميزات ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الأساس القانوني لخطاب الضمان يكمن فى عقد الاشتراط لمصلحة الغير[٢] ، فالعميل (وهو المشترط) يتعاقد

---

(١) المادة ٢/١٥٤ من التقنين المدنى المصري : «و يكون هذا المتعهد أن يتمسك بالدفوع التى تنشأ عن العقد» .
(٢) انظر سميحة القليوبي مرجع سابق، وما أشارت إليه ص ٧٧.

مع البنك (وهو المتعهد) على إنشاء حق مباشر للجهة الإدارية (وهى المنتفع) يلتزم البنك بوفائه.

وطبقا للقواعد المطبقة فى عقد الاشتراط يمكن للمتعهد أن يتمسك بكل الدفوع المستمدة من عقد الاشتراط، وعلى عكس ذلك فإن التزام البنك بموجب خطاب الضمان يتميز بالتجريد، حيث تتضمن صيغة هذا الالتزام تعهد البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد، وقد اصبحت هذه الصيغة من سمات خطاب الضمان المتعارف عليها بين كل البنوك، ومن ثم فقد أصبحت عرفا مستقرا، فأساس التجريد فى خطاب الضمان العرف، والعرف مصدر هام من مصادر قانون المعاملات التجارية بشكل عام، والمعاملات البنكية بشكل خاص.

ومن هنا نتبين أن أصحاب هذا الرأي لم يأخذوا بالاشتراط لمصلحة الغير لتأسيس صفة التجريد فى خطاب الضمان، وانما ذهبوا إلى الأخذ بالعرف.

وقد يؤخذ على هذا الأساس عدم امكانية تطبيق القاعدة التى تمنح المشترط حق نقض اشتراطه مالم يظهر المنتفع رغبته فى ذلك، فهذا الحق لا يمكن أن يكون للبنك مصدر خطاب الضمان، سواء أظهر المستفيد رغبته فى ذلك أو لم يظهرها، فالمستفيد يستمد حقه المباشر والمستقل من خطاب الضمان ولا من الاتفاق المبرم بين العميل والبنك، ومن ثم فإنه لا يجوز للبنك أن يسحب تعهده بعد وصوله إلى علم الجهة المستفيدة منه، ونكتفي فى هذا المجال بالوصول إلى علم المستفيد.

وهكذا نتبين أيضا أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لا تكفي لتفسير كل جوانب الأساس القانوني لالتزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان، و يتعين علينا البحث عن هذا الأساس خارج فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أيضا، مما يدعونا إلى النظر فى فكرة الإدارة المنفردة.

الفرع الرابع

مدى صلاحية فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة لتفسير الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان

الإلتزام بالإرادة المنفردة[1] (Engagement par vlilnte Unilaterale) هي تصرف قانوني ينشيء التزاما فى ذمة شخص واحد و بإرادة منفردة تصدر من جانبه فقط، دون حاجة أن تتطابق أو تتوافق مع إرادة أخرى.

ومن المسلم به أن يمكن للإرادة المنفردة أن ترتب آثارا قانونية فى العديد من المجالات، كأن تصحح العقد القابل للإبطال بالإجازة، أو أن تكسب حقا عينيا كما هي الحال فى الوصية، أو أن تنهي عقدا كما هي الحال فى الرجوع فى الهبة أو إنهاء الوكالة.

إلا أن التساؤل لازال قائما فيما يتعلق بدور الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام وبمدى إمكانية اعتبارها مصدرا له.

تنازعت هذا التساؤل مدرستان: المدرسة الفرنسية والمدرسة الألمانية. تعرف المدرسة الأولى بأنها تقليدية، حيث ترى فى الالتزام رابطة تجمع بين إدارتين، فلا يمكن للإرادة المنفردة أن تنشىء الالتزام، وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي بهذه الفكرة، ولم

---

(1) Carbonnier, droit civil, les obligations, 6e Ed. 1966, S et s. - Marty et Raynaud, Droit civil, tome 2, Ier Volume, 1962 No 19 - Mazeaud, Leçons de droit civil, Tome 2, Ier Volume, obligations, Théorie genérale, 1978, p. 328 et S.

عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص ٦٧٦.

وتجدر الاشارة إلى أنه يجب أن نفرق بين الإلتزام بالإرادة المنفردة الذى يتم بإرادة واحدة والعقد الملزم لجانب واحد الذى ينعقد بتطابق إرادتين ولكنه لاينشيء التزامات إلا على طرف واحد.

يورد فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، وحاول الاجتهاد من جانبه أن يجد تأسيس التصرفات القانونية فى طاق الجمع بين إرادتين.

أما المدرسة الألمانية، وتعرف بأنها حديثة، فهي ترى أنه ليس هناك ما يمنع انشاء الالتزام بإرادة منفردة، وقد أخذ التقنين المدني الألماني بهذا الاتجاه، إلا أنه لم يترك باب الرجوع إلى الإرداة المنفردة مفتوحا على مصراعيه، بل وضع لها قيودا، بحيث لا يمكن أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما ومطلقا لإنشاء الالتزامات، وانما مصدر محدود واستثنائي، فالإرادة المنفردة لا تنشيء الالتزامات إلا فى الحالات الاستثنائية التى يحددها القانون و ينص عليها[1].

ولا نعتقد أن فكرة الأخذ بالإرادة المنفردة حديثة ولا جديدة، فقد جاء بها الفقه الإسلامي بالاستناد إلى قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)[2].

وقد أخذت بعض التقنيات العربية بهذه الفكرة، فقد خصص التقنين المدني المصري الفصل الثاني من الباب الأ ول ـ المخصص لمصادر الالتزام ـ للإرادة المنفردة، وبالرغم من ذلك فإنه يبدو أن المشرع المصري لم يذهب إلى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا مطلقا للالتزام وانما هي مصدر استثنائي، يحدد حالا تها القانون، فقد ورد هذه الاتجاه بشكل صريح فى الأعمال التحضيرية[3]، ومن جهة أخرى فإن الفصل الثاني المخصص للإرادة المنفردة لم يتضمن إلا مادة واحدة تعالج الوعد بجائزة للجمهور.

---

(١) وقد قضت بهذا الاستثناء المادة ٣٠٥ من التقنين المدني الألماني حيث ورد بها: «يكون إنشاء الالتزام عن طريق التصرف القانوني بموجب عقد، إلا فى الحالات التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك».

Article 305 du code civil allemand, cité par Mazeaud, op. cit, p. 335 : "A moins de dispositions contraires à la loi, un contrat entre les parties intéressées est nécessaire pour l'éablissement d'une obligation par acte juridique, ainsi que pour le changement de son contenu".

(٢) سورة يوسف، الآية ٧٢

(٣) ورد بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري: «وقد حذفت المادة ٢٢٨ عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشيء التزاما»، نقلا عن عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق ص ٦٨١.

وكذلك الوضع بالنسبة للمشرع التونسي، فإنه لم يتجه إلى الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر مطلق للالتزام، وذلك بالرغم من أنه قد يفهم من نص المادة الأ ولى من مجلة الالتزامات والعقود أنه اعتبرها مصدرا مطلقا، حيث ورد تعداد الإرادة المنفردة من ضمن مصادر الالتزام، فبالرجوع إلى الفقرة الأ ولى من القسم الثاني من الباب الأ ول من العنوان الثاني من مجلة الالتزامات والعقود والمخصص للإرادة المنفردة[1]، نلاحظ أن هذه الفقرة تضمنت أساسا أحكاما متعلقة بالوعد بالجائزة ونتبين أن المشرع التونسي لم يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر مطلق.

ومن هذا المنطلق ذهب بعض الفقهاء[2] إلى تأسيس خطاب الضمان على فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، فالبنك يتعهد وبمجرد إرادته المنفردة بدفع مبلغا معينا من النقود للمستفيد من خطاب الضمان عند أول طلب يتقدم به، وذلك حتى فى حالة معارضة طالب إصدار خطاب الضمان. وقد وردت أحكام خاصة بخطاب الضمان، ففي المملكة العربية السعودية وردت هذه الأحكام فى نظام تأمين مشتريات الحكومة وفى اللائحة التنفيذية وفى قرارات وزير المالية والاقتصاد الوطني وفى تعاميم مؤسسة النقد العربي السعودي، كما جاءت أحكام مماثلة فى قوانين بعض الدول الأخرى.

ومن صيغة تعهد البنك الواردة طبقا لهذه الأحكام الخاصة، يتضح أن خطاب الضمان لا يعتبر عقدا بينه و بين المستفيد، و يكمن أساس مطالبة المستفيد للبنك فى التزام البنك الذى أنشأته إرادته المنفردة استنادا الى النصوص القانونية التى حددت أحكامه وصيغته.

كما يتضح أن خطاب الضمان لايعتبر عقدا بين البنك والعميل حيث لا دخل لإرادة العميل فيه، فالعقد الذى أبرم بين البنك والعميل يتمثل فى طلب العميل لإصدار خطاب الضمان، وموافقة البنك على هذا الطلب.

---

(١) الفصول ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(٢) انظر فى هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٨٥

وبناء على هذا الالتزام الناشيء فى ذمة البنك عن إرادته المنفردة، فإنه يمكن القول بأنه لايشترط لتأكيد حق المستفيد فى علاقته بالبنك قبوله لخطاب الضمان، وإنما يكتفى بوصوله إلى علمه، فالتزام البنك بات ونهائي منذ إصداره ووصوله إلى علم المستفيد. وهكذا يكون التزام البنك التزاما أصيلا ومستقلا، بحيث لا يمكن للبنك أن يتمسك فى مواجهة المستفيد بالدفوع التى تكون للعميل فى قبل المستفيد والمستمدة من العلاقة الأصلية التى تربط بينهما.

ويبدو أن فى هذا التأسيس القانوني لخطاب الضمان ما يكفي لتفسير الآثار القانونية المترتبة عليه، فإرادة البنك المنفردة تنشيء بينه وبين المستفيد علاقة مستقلة عن العلاقة الأصلية ومجردة.

وإذا لم يكن من طبيعة الإرادة المنفردة ولا من خصائصها أن تولد التزاما مجردا، فإنه ليس هناك ما يحول دون أن يكون الالتزام الناشيء عن الإرادة المنفردة إلتزاما مجردا.

وإن كنا لا ننكر أن فكرة الإرادة المنفردة تصلح لتفسير العديد من التصرفات القانونية، فإننا نذهب إلى القول بأنه قد تؤخذ عليها بعض المآخذ فى مجال خطاب الضمان.

فمن ناحية أولى، إذا كان صحيحا أن النصوص المتعلقة بتأمين مشتريات الحكومة قد أوردت بعض الأحكام الخاصة بخطاب الضمان، فإنه لا يمكن القول بأن التعامل بخطابات الضمان يقتصر على مجال المعاملات الحكومية، إذ أنه يمكن لأي شخص وأية مؤسسة تريد التعامل مع شخص آخر أن تطلب منه تقديم خطاب ضمان بصيغة وبشروط قد تختلف عن الصيغة أو الشروط الخاصة بخطابات الضمان الصادرة لفائدة جهة حكومية.

ومن جهة ثانية يؤدى اعتبار التزام البنك التزاما بالإرادة المنفردة الى تجزئه العلاقات المتشابكة والمترتبة على خطاب الضمان، وإن كان هذا الأثر لا يمثل عيبا فى حد ذاته من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية، لا ينشىء خطاب الضمان أى تعهد البنك من عدمه، وإنما يترتب على تصرفات قانونية أخرى لايمكن تجاهلها، فخطاب الضمان عملية ثلاثية متكاملة ومتشابكة. فتعهد البنك قد أتى نتيجة طلب تقدم به العميل إلى نفس البنك وذلك مقابل عمولة وغطاء نقدي أو عيني، ثم إن الطلب الذى تقدم به العميل إلى البنك قد جاء نتيجة تقديم عطاء من العميل إلى المستفيد أو نتيجة تعاقد بين العميل والمستفيد، ثم يقضي النظام بوجوب تقديم خطاب ضمان من قبل العميل، أو يطلب ذلك المستفيد حتى يضمن جدية العطاء الذى تقدم به العميل أو حتى يضمن حسن تنفيذ الالتزام الذى تعهد به العميل، فلولا وجود خطاب الضمان لما نظر المستفيد فى عطاء العميل، ولما تعاقد معه.

ولهذين السببين الرئيسيين نرى أن فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، وإن كانت تكفي لتفسير جانب من العلاقات المترتبة على خطاب الضمان، فإنها لا تتسع لتفسير كل جوانب هذه العلاقة الثلاثية، ونرى أن عملية خطاب الضمان عملية خاصة متميزة عن غيرها من العمليات.

الفرع الخامس
خطاب الضمان عملية خاصة

ظهرت عملية إصدار خطاب الضمان فى العديد من البلدان كوسيلة جديدة ابتكرتها الأعراف التجارية والبنكية لسد احتياجات طرأت فى مجال الأعمال، ولتحقيق الهدف الاقتصادى من تدخل البنك فى هذا الشأن.

فالبنك عند إصداره لخطاب الضمان لايضمن العميل فى تنفيذ التزاماته قبل المستفيد، وإنما يتدخل حتى يكون العميل فى غنى عن تقديم التأمين النقدى، ومن ثم يكون خطاب الضمان قد حل محل النقود فى الوفاء بالتزامات العميل. وحتى يتمكن خطاب الضمان من أداء هذه الوظيفة يجب أن تتوافر فى التزام البنك بعض العناصر الأساسية والمتمثلة فى أن يكون التزام البنك مستقلا بحيث تكون لخطاب الضمان كفايته الذاتية، وفى أن يكون الدين الثابت به مستحقا من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد[1]، وتترتب على هذه العناصر آثار تتعلق بحق الرجوع فى حالة تسديد قيمة خطاب الضمان.

أولا ـ استقلال التزام البنك وكفاية خطاب الضمان الذاتية.

يكون التزام البنك فى خطاب الضمان مستقلا عندما يكون منفصلا عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد، وبعبارة أخرى عندما يكون تعهده مجردا. فبموجب خطاب الضمان يتعهد البنك بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد من النقود لدى أول طلب من المستفيد وحتى فى حالة معارضة العميل، فهذا التعهد هو منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل لالتزاماته قبل المستفيد. وتستنتج هذه الاستقلالية من صيغة تعهد البنك التى يتضمنها خطاب الضمان، أما إذا جاءت عبارة هذا التعهد غامضة، وفى حالة اختلاف الأطراف على مفهومها، فيرجع تفسيرها لقاضى الأصل.

وفى هذا الشأن أثارت صياغة تعهد البنك الفرنسى الرومانى والبنك القومى بباريس نزاعا أمام المحكمة التجارية بباريس ثم أمام محكمة الاستئناف بباريس[1].

(١) على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٤٩٩ و ص ٥٠٠

(2) Trib. de com. de Paris (2e ch.) du 22 Juillet 1981, et CA de Paris, 24 novembre 1981, D. 1982 p. 296, Note M. Vasseur.

وتتمثل وقائع هذه القضية فى أن الشركة «داكوماكس» الفرنسية وتحت اشراف رومانى، تعهدت بموجب ثلاثة عقود أبرمت بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٨٠م بأن تورد للشركة «أوبنتر» الفرنسية اسمنت وحديد من أصل رومانى، وهذه الأخيرة ستقوم ببيع هذه البضاعة لمصر.

وبطلب من البائع أصدر البنك الفرنسى الرومانى والبنك القومى بباريس ضمانا لفائدة المشترى يتضمن الصيغة التالية: «يطلب من داكوماكس (البائع)... نضمن ضمانا غير قابل للنقص بدفع لأوبنتر (المشترى) مبلغ ٤٢٠٠٠٠ فرنك فرنسى لدى أول طلب من المستفيد يثبت أن البائع لم ينفذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقود الأصلية...»[١].

وإن نفذ البائع جانبا من العقدين المتعلقين بتوريد الاسمنت، فإنه لم ينفذ العقد المتعلق بتوريد الحديد، ويرجع كل طرف من طرفى العقد أسباب التقصير فى التنفيذ إلى الطرف الآخر.

وعلى أثر هذا التقصير فى تنفيذ العقود، صادر المشترى خطاب الضمان بتاريخ ١٢ جانفى ١٩٨١م، وكرر الطلب بتاريخ ٢٩ من نفس الشهر.

وتقدم من جانبه البائع وبموجب شرط تضمنته العقود الأصلية بدعوى تحكيم إلى الغرفة التجارية الدولية يبين فيها أن أسباب عدم تنفيذه لالتزاماته ترجع إلى عدم تنفيذ المشترى لالتزاماته.

---

(1) "... Nous garantissons de payer à Opinter ... 420000 f Français irrévocablement et à la première demande justifiée confirmant que Dacomax n'a pas exécuté ses obligations conformément aux contrats

وفى نفس الوقت رفع البائع دعوى مستعجلة أمام المحكمة التجارية بباريس وطلب منها أن تأمر بوضع قيمة الضمان تحت الحراسة القضائية (sous sequestre)، إلا أن محكمة باريس رفضت هذا الطلب بتاريخ ٦ فيفرى ١٩٨١م.

وعند علم البنكين برفع دعوى التحكيم، اتخذا قرارا بعدم تنفيذ التزامهما المتعلق بالضمان إلى حين البت فى دعوى التحكيم.

وأمام هذا الوضع، رفع المشتري دعوى على البنكين أمام المحكمة التجارية بباريس مطالبا بدفع قيمة خطاب الضمان، إلا أنها رفضت هذا الطلب بتاريخ ٢٢ جويلية ١٩٨١، مسببة هذا الرفض كالآتي: «إذا كان طلب المشتري مؤسسا، فليس هناك ما يثبت، بشكل يمكن المحكمة من ملاحظته، أن أسباب عدم تنفيذ الالتزامات يرجع الى البائع داكوماكس[1]».

واستأنف المشترى هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بباريس التى كان عليها أن تبين نوع هذا الضمان ومفهوم صيغته انطلاقا من العبارة التى تضمنها خطاب الضمان والمعروضة عليها، والحال أن البائع والبنكين الذين أصدروا خطاب الضمان يدعون أن عبارة «طلب مسبب» (demande justifiee) تعني أن دفع الضمان متوقف على وجوب إثبات أن البائع لم ينفذ التزاماته، ثم إنه ليس للبنك امكانية تحديد ما إذا كان البائع قصر فى تنفيذ التزاماته أم لم يقصر، وبما أن البائع قد رفع دعوى أمام هيئة تحكيم من أجل تحديد المتسبب فى التقصير، لذلك فإنه يتعين على الأطراف انتظاركم هذه الهيئة، والقضاء بذلك ومن ثم تأييد ماذهب إليه محكمة الابتداء.

---

(١) وقد سبق للمحكمة التجارية بباريس ان قضت فى نفس الاتجاه فى حكمها المؤرخ فى ٢٤ مارس ١٩٨١م فى نزاع بين داس وأندو سو ياز (Kesse contre Indo - Suez).

انظر دالوز ١٩٨١، ص ٤٨٢، ملاحظات فاسور (Vasseur).

وذهب من جانبه المشتري الى القول بوجوب التقيد بنص خطاب الضمان ككل ودون تجزئة عباراته. فتعهد البنك الوارد بالصيغة التى تضمنهاخطاب الضمان، تجعل من الضمان ضمانا غير قابل للنقض ولدى أو طلب، فعبارة «طلب مثبت» بهذا المفهوم تعني أنه يتعين على المشتري، عند طلبه للضمان، أن يقدم طلبا مفصلا ومعللا (demande circonstanciee).

وأمام هذين التفسيرين - الأول للمدعى عليه والثاني للمدعى - أوردت محكمة الاستئناف بباريس تفرقة بين نوعين من الضمان لدى أول طلب: يتعلق النوع الأول بالضمان الذى يجب أن يدفع بمجرد الطلب، و يدخل ضمن هذا النوع الضمان الذى يتطلب من المستفيد تقديم بعض الاستفسارات أو بعض التبريرات، وليس للبنك تقدير ما قدمه المستفيد. و يتعلق النوع الثاني بالضمان الذى يتطلب تقديم مستندات معينة ومحددة أو حكم قضائي أو قرار محكم، كما هو الشأن فى الضمان المستندي، وفى هذه الحالة، يتوقف تنفيذ الضمان على أن يقدم المستفيد مايثبت وبموجب حكم قاض أو محكم بأن الطرف الثاني لم ينفذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقد الأصلي[١].

وقد جاءت هذه التفرقة بعد أن بينت محكمة الاستئناف الهدف من الضمان لدى أول طلب والمتمثل أساسا فى تمكين المستفيد من المطالبة فى أسرع وقت و بأقل الإجراءات الشكلية والأصلية[٢].

(1) "... qu'en effet, il existe une grande différence, parmi les clauses connues de la pratique, entre d'une part, celles qui sont stipulées "à première demande" sans autre précision et doivent être exécutées sans autre examen ou exigence, ainsi que les clauses imposant seulement au bénéficiaire de fournir des explications à l'appui de sa demande, et, d'autre part, les clauses qui exigent la production de documents expressément désignés et en particulier une décision judiciaire ou arbitrale, subordonnant en réalité le jeu de la garantie à la preuve que, sur le fond du litige, le bénéficiaire peut se prévaloir d'une inexécution fautive de son contractant...".

انظر فيما يتعلق بالإعتماد المستندي:

Aix en Provence, 13 mars 1980, D 1981, p. 505, Note Vasseur.

(2) "Considérant que la notion même de "garantie à première demande" implique que le bénéficiaire puisse

وبناء على هذه الأسس ذهبت محكمة الاستئناف إلى القول بأن هذه العبارة تعني الزام المستفيد بتقديم طلب يبين فيه توافر شروط دفع قيمة الضمان، وليس للبنك حق تقدير ما ورد فى الطلب، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف لم تأخذ بما ذهبت اليه محكمة الابتداء بل قضت بإلزام البنكين بدفع قيمة الضمان.

وقد استقر الفقه والقضاء فى بعض البلدان على قاعدة استقلالية التزام البنك فى مجال خطاب الضمان[1].

وكمثال لتطبيق قاعدة استقلالية التزام البنك من قبل القضاء، نورد وقائع القضية الشائكة التى قام النزاع فيها بين شركة دلبار الفرنسية، والبنك الفرنسي للتجارة الخارجية وشركة موفن الفلاحية العاملة لحساب وزارة الفلاحة الإيرانية[1].

---

faire jouer cette garantie, à la fois rapidement et avec le minimum, non seulement de formalité, mais aussi de conditions de fond, que c'est dans cette perspective que de telles garanties sont demandeés par l'un des contractants, et qu'elles sont accordées par l'autre, au moyen d'un ordre qu'il donne à une banque, que pour respecter la volonté des parties, la garantie ne doit pas être empêchée de jouer que dans des conditions précises et strictement énoncées dans l'engagement".

(1) Gavalda et Stoufflet, op. cit p. 12 á 14, No 14 á 16.

علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٠٠

C. A. Paris 29 Janvier 1981 - C.A. Riom 14 mai 1980, Trib. G. Inst. Paris, 11 Juillet 1980, D. 1981, p. 336, Note Vasseur - Trib. G. Inst Montluçon 9 janvier 1981, D 1981, p. 390, Note Vasseur.

وقد أكد القضاء المصري هذه القاعدة عدة مرات نذكر منها ماقضت به محكمة النقض المصرية فى قرارها المؤرخ فى ٢٠ ماي ١٩٦٩م (مجموعة أحكام النقض عدد ٢٠ ص ٨١١، مذكرة علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٠١): «إن خطاب الضمان، وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذى يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام هو فى حدود التزام البنك المدين به، و يكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هو بالشكوى الى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ماحصل عليه المستفيد».

انظر أيضا قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٤ مارس ١٩٧٢م، المحاماة، عدد ٥٥ ص ٨٤.

(١) وقد وقع اختيارنا على هذه القضية لحداثتها.

وصدر على أثر هذا النزاع حكم محكمة الابتداء بمولوسون فى ٩ جانفي ١٩٨١م.

فقد تم التعاقد بين شركة دلبار وشركة موفن لحساب وزارة الفلاحة الإيرانية. وبموجب هذا العقد تلتزم الشركة الفرنسية بتوريد أشجار مثمرة صالحة للزراعة لوزارة الفلاحة الإيرانية. وعلى أثر التقلبات السياسية التى عرفتها إيران توقف تنفيذ العقد. إلا أنه بعد استقرار الوضع استؤنفت المحادثات بين الطرفين، على اثرها تم الا تفاق على أن تتنازل شركة دلبار عن كل تعويض بسبب توقف تنفيذ العقد الأصلي، وعلى الاكتفاء بتوريد جزء من عدد الأشجار المتفق عليه فى العقد الأ ول.

وعلى اثر هذا الا تفاق قام المشتري بدفع مبلغ من قيمة الأشجار بشكل مسبق لشركة دلبار، وذلك مقابل خطاب ضمان صادر عن بنك ملي الإيراني بطلب من البنك الفرنسي للتجارة الخارجية الذى تلقى بدوره طلب شركة دلبار.

و بعد توريد جزء من الأشجار المتفق عليها، طلب المشتري إيقاف التوريد بدعوى أن الأشجار التى وصلت إلى ايران تحتوى على جرثومة العنكبوت الأحمر. وحال وصول الخبر إلى الشركة الفرنسية، انتقل مدير الشركة بمعية المهندس المعتمد لدى وزارة الفلاحة الفرنسية إلى إيران. و بعد اخذ العينات وفحصها تبين أن الأشجار خالية من كل جرثومة، ومع ذلك اقترحت الشركة الفرنسية القيام بتطبيق علاج وقائي إضافي من باب الاحتياط. إلا أن المشترى رفض كل اقتراح تقدمت به شركة دلبار. وأمام هذا الرفض، ومخافة مصادرة خطاب الضمان من قبل المشتري، رفعت الشركة الفرنسية دعوى مستعجلة و بشكل وقائي أمام محكمة الابتداء بمولوسون طالبة من القاضي أمر البنك الفرنسي للتجارة الخارجية حبس قيمة الضمان وعدم وفائها للمستفيد.

و بتاريخ ٢٤ جانفي ١٩٨٠، قضت المحكمة بما طلبت الشركة الفرنسية. وتقدم البنك الفرنسي بعريضه أمام نفس المحكمة، وعلى أثرها قضت بتاريخ ٢ أفريل ١٩٨٠ ببطلان الأمر الموجه للبنك. وأمام هذا الموقف استأنفت شركة دلبار الحكم أمام محكمة

مولوسون التى قضت بتاريخ ١٤ ماي ١٩٨٠م بتأييد ماذهب إليه قاضي الابتداء قالت بعدم أمر حبس قيمة الضمان و بتمكين البنك من وفاء القيمة للمستفيد طبقا لما ورد فى خطاب الضمان.

وإلى جانب هذه الدعوى المستعجلة، رفعت شركة دلبار دعوى فى الأصل، وطلبت بفسخ العقد لخطأ من المشترى الإيراني و بالتعويض عن الضرر الذى حصل لها من جراء هذا الخطأ، كما طلبت بأمر البنك الفرنسي للتجارة الخارجية بعدم دفع قيمة الضمان.

وقضت محكمة مولوسون الابتدائية بتاريخ ٩ جانفي ١٩٨١م[١] للشركة الفرنسية فيما يتعلق بالفسخ والتعويض، لكنها لم لفائدتها فيما يتعلق بأمر البنك الفرنسي للتجارة الخارجية بعدم وفاء قيمة الضمان، ولتعليل هذا الرفض، استعارت نفس العبارات التى عللت بها محكمة الاستئناف بريوم قرارها المؤرخ فى ١٤ ماي ١٩٨٠ والذى جاء فى نفس القضية. وقد قضت المحكمة فى هذا الشأن بأن شركة دلبار قد طلبت من البنك الفرنسي للتجارة الخارجية إصدار خطاب ضمان مستقل عن العقد الأصلي، و بدوره طلب البنك الفرنسي من بنك ملي الإيراني إصدار خطاب ضمان عن عميلة لفائدة وزارة الفلاحة الإيرانية وذلك حتى يتسنى للعميل التعاقد مع المستفيد، ومن ثم فإنه يجب الأخذ بخطاب الضمان خارج كل منازعة تتعلق بالعقد الأصلي، بحيث لايتأثر الالتزام المترتب على خطاب الضمان بفسخ العقد الأصلي حتى ولو كان بسبب خطأ المستفيد، إذ لايمكن أن تمتد آثار خطأ المستفيد أو حتى سوء نيته المتعلقة بالعقد الأصلي إلى عقد الضمان[٢].

---

(١) دالوز ١٩٨١، ص ٣٩٠.

(1) Trib. G. Inst de Montluçon, 9 janvier 1981, D. 1981, p. 390, Note Vasseur "Attendu qu'en droit nous nous trouvons en présence d'engagements bilatéraux concernant successivement des parties différentes, de

وهكذا نتبين أن من خصائص خطاب الضمان ومميزاته استقلالية التزام البنك.

وتترتب على هذه القاعدة والميزة قاعدة أخرى تتمثل فى الكفاية الذاتية لخطاب الضمان والتى تؤدى إلى نتيجتين:

تتمثل الأولى فى أنه لايمكن البحث عن التزام البنك قبل المستفيد وعن مداه إلا فى الصيغة التى يتضمنها خطاب الضمان، فلا يمكن أن يتوقف التزام البنك على عنصر خارج عن الخطاب.

وتتمثل النتيجة الثانية فى أنه لايمكن البحث عن الأسباب التى قد تدفع البنك لعدم تنفيذ التزامه قبل المستفيد إلا فى نطاق العلاقة التى انشأها خطاب الضمان.

---

sorte que le simple appel du Ministère de l'agriculture de l'Iran à la banque Melli doit être suivi d'effet, que celle - ci se retourne à son tour contre la Banque Française du Commerce Extérieur avec le même résultat, cette dernière se retournant alors à son tour contre la soc. Delbard; que, par la volonté de la soc. Delbard, a bien été passé un contrat de cautionnement particuliérement impératif, indépendant du contrat commercial de fourniture d'arbres fruitiers qu'elle a souscrit avec un autre contractant, que ce contrat doit être apprécié en lui - même et en dehors des vicissitudes pouvant grever le marché commercial; qu'il trouve sa cause dans le désir et la volonté de la société Delbard de réaliser son marché de vente d'arbres aux autorités iraniennes, ce qui eût été impossible sans la mise en place préalable des cautions à première demande exigées par le cocontractant, comme il est d'usage fréquent dans les relations Internationales - Attendu qu' à cet égard, doctrine et jurisprudence se trouvent quasi - unanimes dans ce sens, comme il a éte déjà expliqué et jugé dans une précédente ordonnance de référé du 2 avril 1980 confimée par un arrêt de la cour de Riom du 14 mai 1980 rendu entre les mêmes parties et auquel il est fait référence, Attendu que, même si nous nous trouvons maintenant à aborder le problème au fond et non plus sur incident d'opposition à paiement, puisque désormais le contrat de vente se trouve résilié aux torts de la soc. Moghan ou sa mauvaise foi ne peuvent interférer dans un contrat autre, passé entre d'autres parties.

(١) عبر عن هذه القاعدة الفقيهان قافلدا وستوفلي (مرجع سابق ص ١٣ فقرة ١٠) بكل وضوح فى قولهما:

"Quelle que soit la teneur des conditions d'exécution fixée dans la garantie, elles ont un caractére limitatif. Le garant ne peut puiser en dehors du contrat des garanties des motifs de refus du paiement. L'obligation du garant ne saurait étre étendue au - delá des termes de garantie ni être ramenée en-deça de ces termes".

علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٠٢

C. A. Paris 29 Janvier 1981, op. cit: "Considérant que les termes (nous vous paierons à première demande de votre part...) assignent sans ambiguité à l'engagement de la banque le caracteére d'une garantie =

وقد أقر الفقه قاعدة الكفاية الذاتية والنتائج المترتبة عليها كما أكدها القضاء فى بعض البلدان[1] .

و يترتب على هاتين القاعدتين ـ استقلال التزام البنك والكفاية الذاتية لخطاب الضمان ـ أن التزام البنك يصبح باتا منذ وصوله إلى علم المستفيد، ولايمكن للبنك أن يرجع فيه مهما كانت علاقته بالعميل ومهما كانت علاقة العميل بالمستفيد، كما أنه ليس للبنك أن يتمسك فى مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بالعميل أو من علاقة المستفيد بالعميل، كما أنه ليس للبنك أن يخطر العميل قبل وفاء قيمة الخطاب للمستفيد، وكل هذه الآثار تجعل من خطاب الضمان عملية متميزة.

ومع ذلك، فإنه يتعين علينا أن نشير إلى أن هذه الآثار غير مطلقة، فقد ذهب الفقه إلى القول باستبعادها فى حالة الغش وإساءة استعمال الحق وفى حالة انتقاء سبب خطاب الضمان وأكد هذه الاستثناءات القضاء فى بعض البلدان[1] .

= autonome á l' ègard du contrat de base et dont le jeu dépend exclusivement des conditions exprimeés dans la lettre de garantie".

C. P. Riom 14 mai 1980, op. cit : "... En vertu de l'indépendance, par rapport à ce marché, du contrat de cautionnement à première demande conclu par la société, cette mauvaise foi ou une fraude évidente ne pourrait être recherchée ou appréciée que dans le cadre de l'exécution de ce second contrat".

نقض مصري ١٤ ماي ١٩٦٤م مجموعة النقض ١٥، ص ٦٩١ - ١٤ مارس ١٩٧٢، المحاماة ٥٥ ص ٨٤ ـ استئناف القاهرة ٩ فبفرى ١٩٦٣، المجموعة الرسمية، السنة ٦١، ص ١١١ ـ القاهرة الابتدائية ٥ مايو ١٩٦٢، المحاماة، السن ٤٣ ص ٩٦٢ ـ استئناف القاهرة ١٢ نوفمبر ١٩٦٢، المجموعة الرسمية، السنة ٦٠ ص ١٠٢٦ والذى جافيه: «إن خطابات الضمان موضوع هذه الدعوى تضمنت انه لايستحق مبلغ الضمان الوارد بها إلا إذا لم ينفذ العقد المبرم بين الشركتين المتعاقدتين كله أو بعضه، والثابت من الأوراق أن الخلاف قائم بين طرفي الخصومة بشأن هذه الخطابات فى مدى التزام البنك بما ورد فيها، وأن هذا الخلاف جدي أساسه الشروط الواردة فى عقد البيع وتعليق تنفيذ الخطاب على هذه الشروط، وبذلك لايمكن أن تقوم هذه الخطابات مقام النقود».

(نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق ص ٥٠٢).

(١) انظر: Vasseur D 1981 p. 487.

ثانيا ـ استحقاق خطاب الضمان من تاريخ وصوله الى علم المستفيد

حتى يؤدى خطاب الضمان إحدى وظائفه الأساسية والتى من أجلها وجد فى الحياة العملية، وتتمثل هذه الوظيفة فى أنه يحل محل التأمين النقدي، فإنه من المتحتم ان يكون مستحقا من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد، وبالتالي فإنه من حق المستفيد أن يطالب بقيمته من هذا التاريخ، وكأن البنك قد وضع مبلغا نقديا، يمكن للمستفيد ان يتصرف فيه ابتداء من هذا التاريخ، فلولا هذه الميزة لما قبل المستفيد بخطاب الضمان بديلا عن النقود.

و يترتب على هذه الخاصية انه لايجوز أن يكون خطاب الضمان موقوفا على واقعة خارجة عنه، أو على تحقق شرط، أو على حلول أجل، بحيث لايمكن للبنك أن يناقش ملاءمة طلب المستفيد بالوفاء، وإنما عليه أن يدفع قيمة خطاب الضمان متى طلب ذلك المستفيد ودن أى تأخر.

وتجدر الإشارة إلى أنه فى الحياة العملية، عادة لايطلب المستفيد من البنك الوفاء بقيمة خطاب الضمان إلا إذا قدر أن ظروف علاقته بالمدين طالب إصدار خطاب الضمان تستدعي بالفعل ذلك، مع العلم بأن تقدير هذه الظروف يرجع للمستفيد وحده دون غيره، وهو حق مطلق، وعلى البنك فى حالة الطلب أن يقوم بالوفاء لأنه، كانه على المستفيد، عند تعاقده مع العميل أن يطالب بتأمين نقدي عوضا عن خطاب الضمان.

هذا، وإن لم يكن للبنك أن يناقش المستفيد فى طلبه، وإنما عليه أن يدفع قيمة الضمان فورا، فإنه للمدين وفى علاقته بالمستفيد أن يناقشه أو أن يعيب عليه تسرعه فى المطالبة أو أن يرفع عليه دعوى.

ولهذه الأسباب، وفى إطار شروط خطاب الضمان وخصائصه المتمثلة فى استقلالية التزام البنك وذاتية خطاب الضمان واستحقاقه من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد، قد

يتولد عدد من الدعاوي بشأن مختلف العلاقات المترتبة على خطاب الضمان بشكل مباشر أو غير مباشر.

ثالثا ـ الدعاوى المترتبة على خطاب الضمان[1]

تبين لنا من خلال ماتقدم أنه فى حالة مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد، يتعين على البنك الوفاء بقيمته، فهو المدين الشخصي بهذه القيمة للمستفيد، إلا أنه وان اعتبر البنك المدين الأصلي للمستفيد، فيمكن له أن يرجع على العميل طالب إصدار خطاب الضمان على أساس العلاقة التى تربط بينهما والمستندة للشروط التى تضمنها طلب إصدار خطاب الضمان.

وقد يصادر المستفيد خطاب الضمان، بينما يكون العميل قد قام بتنفيذ التزاماته طبقا لما ورد فى العقد الأصلي، و بعبارة أخرى قد لايكون العميل مدينا له، أو قد يصادر المستفيد الضمان مستعملا الغش، فيكون للعميل حق الرجوع على المستفيد، وقد يكون للبنك هذا الحق.

وقد يزداد الأمر تعقيدا فى حالة خطاب الضمان بطلب من بنك، بحيث يكون للبنك الذى قام بتسديد القيمة حق الرجوع على البنك طالب الإصدار و يكون لهذا الأخير نفس الحق بالنسبة لعميله.

١ ـ دوعى رجوع البنك على العميل طالب إصدار خطاب الضمان

لايثير مبدأ رجوع البنك على عميل فى حالة تسديده قيمة خطاب الضمان أى شك. فعادة تتضمن الشروط التى يضعها البنك فى طلب إصدار خطاب الضمان تعهدا من

(1) Gavalda et Stoufflet, op. cit, p. 20 et s.

العميل يمكن البنك من قيد قيمة الضمان فى أي وقت على حسابه دون حاجة إلى إبداء الأسباب التى دعت لذلك ودون الرجوع الى العميل أو الحصول على موافقته. كما تتضمن هذه الشروط تعهد العميل بتسديد قيمة الضمان أو جزء منها في حالة مالم يكن حسابه لدى البنك كافيا للوفاء. وتمكن أيضا هذه الشروط البنك من بيع أية دهونات أو ممتلكات للعميل تكون فى حيازة البنك دون اشعار مسبق، ومن استخدام حصيلة هذا البيع فى تسويته التزامات العميل المترتبة على اتفاقية إصدار خطاب الضمان، وعلاوة على ذلك، يكون العميل مسؤولا عن أى نقص.

ولايلتزم العميل بتسديد قيمة خطاب الضمان فقط، بل يلتزم أيضا بتسديد كل المصاريف التى يضطر البنك لدفعها من جراء هذا الضمان[1].

ومهما كان نوع هذه الشروط ومضمونها فإننا نعتقد أنه لايمكن للبنك أن يرجع على العميل لمطالبة ماتم تسديده للمستفيد إلا فى حدود شروط العقد الذي أبرم بينه و بين العميل وفى حدود الصيغة التى تضمنها خطاب الضمان، سواء فيما يتعلق بقيمة الضمان أو مدته أو غير ذلك. أما من ناحية العميل، فإنه لايمكنه أن يدفع ضد البنك بمنعه له من الوفاء و بطلبه له بحجز قيمة خطاب الضمان، كما أنه لايمكن للعميل أن يحتج ضد البنك بعدم تنفيذ المستفيد لالتزامته، أو بعدم مديونيته للمستفيد، وإلا فقد خطاب الضمان ميزة من أهم ميزاته والتى تتمثل فى استقلالية التزام البنك قبل المستفيد.

واستثناء من هذه القاعدة العامة فإننا نذهب إلى القول بأنه يمكن للعميل أن يطلب من البنك عدم الوفاء فى حالة ما إذا أثبت غش المستفيد وسوء استعماله لحقه فى المطالبة بقيمة الضمان[2].

---

(١) انظر نماذج طلب إصدار خطاب الضمان المرفقة بالملاحق، ص ٢١٤

(٢) انظر ماسبق ص ١٧١ وما بعدها.

ويكمن أساس دعوى رجوع البنك على العميل فى حالة وفاء قيمة الضمان للمستفيد وفى حالة عدم كفاية الغطاء وعدم كفاية الرصيد فى حساب العميل، فى العقد الذى يربط بين البنك والعميل، وهو عقد ائتمان بالنسبة للمبالغ التى لايشملها الغطاء.

ونذهب إلى القول بأن هذا الأساس المتمثل فى عقد الائتمان قد يكون أقرب قانونا من الأساس المتمثل فى عقد الوكالة حيث يعتبر خطاب الضمان من عمليات الائتمان البنكي[١].

البلدان فى مجال الاعتماد المستندي، بحيث يمكن للبنك أن يطالب المستفيد باسترجاع ماتم دفعه فى حالة غشه، كأن يقدم مستندات غير صحيحة أو مزورة[٢]. ولا تتوقف هذه المطالبة إلا على وجود مصلحة لدى البنك فى المطالبة، كأن يكون الغطاء المقدم من قبل العميل للبنك غير كاف.

وتتعلق الحال الثانية بقيام البنك بالوفاء بينما لايكون العميل مدينا بشيء للمستفيد. ويكمن أساس هذه الدعوى فى استعمال البنك للدعوى غير المباشرة (Action oblique) إذا توافرت شروطها[٣].

---

(١) جاء بالمادة الأولى / ب من نظام مراقبة البنوك فى المملكة العربية السعودية: «يقصد باصطلاح (الأعمال المصرفية) ... واصدار خطابات الضمان ...»

(2) Juris - Classeur Banque, face: 32 No 134 et s. - Rep. comm. Dalloz, voir crédit documentaire, No 116 et s.

"La jurisprudence accorde également au banquier un recours contre le bénéficiaire lorsque celui - ci a obtenu les réalisations du crédit en dissimulant par une manoeuvre frauduleuse l'irrégularité d'un document.
L'action en remboursement est ouverte même si le banquier a commis une négligence dans la vérification des documents: (com. 6 mai 1969, J.C.P. 1970, II, No 16216, Note J. stoufflet, Rev. Trim. dr. com 1969, p. 1063, obs. cabrillac et Rives - lange)".

(3) Gavalda et stouffet, op. cit, p. 22, No 30.

عبدالرزاق الشهوري، مراجع سابق، ص ٨٤٢.

٢ ـ دعوى رجوع العميل ضد المستفيد من خطاب الضمان

وقد يكون ايضا هذا الأساس أجدى من الأساس القائم على الحلول القانونية (Subrogation Legale) ، حيث لا تتوافر كل شروطها فى هذا الشأن[١] ، مما أدى بمحكمة التعقيب الفرنسية إلى رفض أساس الحلول القانوني فى مجال تأمين الائتمان (Credit - Assurance) فى قرارها بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٤٣م[٢] ، مما أدى بالمشرع الفرنسي إلى التدخل بقانون ١١جويلية ١٩٧٢م، حيث قضت المادة ٢٢ منه بتمكين المؤمن من الحلول القانونية .

٣ ـ دعوى رجوع البنك مصدر خطاب الضمان ضد البنك طالب إصداره

عندما يكون المتعاقد مع جهة حكومية أو حتى أية مؤسسة أخرى أجنبيا ، فإن نظام تأمين مشتريات الحكومة فى المملكة العربية السعودية يقضي بوجوب تقديم خطاب ضمان صادر عن بنك محلي أو أن يكون مقدماً من بنك يعمل فى الخارج بواسطة بنك يعمل فى المملكة[١] .

وفى حالة مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد لدى البنك المحلي ، هل يمكن لهذا الأخير أن يرجع على البنك طالب اصدار خطاب الضمان أو على عميل هذا البنك ؟

نذهب إلى القول بأنه يمكن للبنك المحلي أن يرجع على العميل وذلك على أساس الوكالة ، إلا أن هذا الحق لايمثل أهمية عملية بالنسبة للبنك المحلي ، وذلك لأن العميل يكون فى الخارج ، ثم قد لايكون فى وضع مالي جيد ، لذلك فإنه من مصلحة البنك

---

(١) انظر بشأن شروط الحلول القانونية ، عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز فى شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٦ ، ص ١٢٥ او مابعدها .

(2) Civ. 14 décembre 1943, D. C. 1944, p. 81, Note Besson.

(٢) انظر ماسبق ص ٨٤ ومابعدها .

المحلي أن يرجع على البنك طالب الإصدار وذلك على أساس الشروط التى يتضمنها طلب البنك، فهي تقضي بشكل صريح أو ضمني بأن البنك طالب الإصدار يضمن عميله، ثم بالقياس على الاعتماد المستندي، فإن العرف السائد فى هذا المجال يقضي بأن البنك الذى يطلب اعتمادا لأحد عملائه يضمن التسديد.

الفصل الثاني

ـ الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان فى علاقة الأطراف بالغير

قد تكون للغير علاقة مديونية بالعميل طالب إصدار خطاب الضمان أو بالمستفيد منه، وفى حالة ما إذا كان العميل أو المستفيد مدينا للغير، ولم يقم بتسديد الدين الذي فى ذمته، هل يمكن للغير أن يحجز على قيمة خطاب الضمان أو على قيمة الغطاء؟

المبحث الأول

الحجز على قيمة خطاب الضمان

يقوم العميل بتقديم طلب للبنك من أجل إصدار خطاب الضمان لفائدة المتعاقد مع العميل. وبموجب هذا الخطاب، يتعهد البنك بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد وذلك لدى أول طلب يتقدم به المستفيد، ومن ثم فإن التزام البنك مجرد و بات ومستقل عن كل علاقة أخرى، و يرتب حقا مباشرا للمستفيد.

وأمام هذه العلاقات التى أنشأها خطاب الضمان يمكن أن نتساءل حول امكانية الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائنى عميل البنك أو من قبل دائني المستفيد.

الفرع الأول

الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني المستفيد

عند إصدار خطاب الضمان الذى يطلب من العميل، فإنه يتضمن، كما أسلفنا، تعهد البنك بدفع مبلغ معين من النقود خلال مدة سريان الضمان، و يكون هذا الالتزام باتا ومباشرا ومستقلا عن العلاقة التى تربط المستفيد بالعميل أو التى تربط البنك بالعميل، فهو ينشىء مديونية مباشرة على البنك للمستفيد و بالتالي، يكون البنك مدينا شخصيا للمستفيد بقيمة خطاب الضمان وفى حالة مصادرة خطاب الضمان فإنه يتعين على البنك دفع قيمته من أمواله الخاصة أي التى تكون ملكا له، لذلك يجب علينا أن نفرق بين حالتين: حالة الحجز قبل المصادرة وحالة الحجز بعد المصادرة.

أولا ـ الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل مصادرته

يتمثل الهدف الأساسي لخطاب الضمان فى أنه يحل محل التأمين النقدي الذي يمكن أن يطالب به صاحب العمل عند تعاقده وذلك ضمانا لحسن تنفيذ الأعمال المتفق عليها، بحيث يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة الضمان متى تبين له أي تقصير فى التنفيذ. وبناء على ذلك، يمكن القول بأنه ليس للمستفيد حق ملكية المبالغ التى يتضمنها خطاب الضمان، مما حدا بعدد من الفقهاء[1] وأكد ذلك القضاء فى بعض البلدان[2]، الى القول بأن حق المستفيد حق شخصي متروك لتقديره المطلق بحيث لايستطيع التنازل عنه للغير، ومن ثم فهو حق ذو طابع شخصي.

---

(١) ـ أنور حبيب: محاضرة نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر لسنة ١٩٦٢م: حجز ما للمدين لدى الغير، وقد كتب فى هذا الشأن «الواقع أن حق المستفيد حق شخصى متروك لتقديره، وله وحدة حق طلب تنفيذه».

وقد ذهب بعضهم إلى مخالفة هذا الرأي عند قولهم: «خطاب الضمان لايمثل حقا ذا طابع شخصي للمستفيد، فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن»[١] وتعقيبا على ما سبق نذهب إلى القول بأنه لاينازع أحد فى أن هذا الحق شخصي باعتباره رابطة التزام أي علاقة مديونية بين طرفين، كما لاينازع أحد فى أن خطاب الضمان ليس بورقة تجارية بحيث يمكن تظهيره أو التنازل عنه. إلا أنه لايستتبع بالضرورة هذا الوصف، اعتبار هذا الحق من الحقوق ذات الاعتبار الشخصي (Intuitus Personae) والتى جاء فى قول بعضهم بشأنها: «يتسم العقد بالطابع الشخصي عندما يكون الاعتداد بشخص أحد المتعاقدين دافعا محدداً لرضا الطرف الآخر

ـ راغب حبشي: محاضرة نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر لسنة ١٩٦٠: خطابات الضمان حيث كتب: «ليس إجراء صحيحا ما يحاوله بعض العملاء أحيانا من تقديم خطابات الضمان الصادرة لصالحهم إلى البنوك التى يتعاملون معها بعد تظهيرها إلى البنوك بغرض إضافة حصيلتها إلى حساباتهم لديها بعد تحصيله أو خصمها لأن هذا الاجراء قاصر على الأوراق التجارية وخطابات الضمان ليست من بين هذه الأوراق»

ـ علي جمال الدين عوض، مراجع سابق، ص ٤٨٧: «البنك الذى يصدر خطاب الضمان يتعهد بالوفاء لشخص معين هو المتعاقد مع عميل البنك الذى صدر الخطاب بناء على طلبه، وه مايحرص الخطاب على إيضاحه بالنص على أن البنك يتعهد بالدفع إلى شخص أو جهة معينة ولدى أول طلب منها، وأنه يتحرر تلقائيا إذا لم تصله مطالبه منها فى تاريخ معين.

و يترتب على أن الخطاب شخصي أنه لايجوز للمستفيد تظهيره الى غيره خاصة وأنه لا يتضمن شرط الإذن، ولايعتبر لذلك ورقة تجارية، بل لايجوز أن يتنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريق حتى ولابالتبعيه لتنازله عن عقد المقاولة الأصلي لأن شخصية المستفيد من الخطاب وأمانته محل اعتبار لدى عميل البنك.

ولما كان خطاب الضمان يمثل علاقات شخصية مباشرة لايجوز تداوله، فليست له قيمة فى ذاته، فلا يكون لحائزه حق لمجرد هذه الحيازة، ولذلك لايجوز للبنك أن يدفع قيمته إلا لشخص المستفيد أو وكيله».

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر جويلية ١٩٦٣، أشارت اليه سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٠٣: «خطاب الضمان ليس مثل الشيك أداة وفاء وإنما هو أداة ضمان فطبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، إذ أن خطاب الضمان شخصي ولايجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه لأي شخص بأي طريق، وبالتالي فليست له أية قيمة ذاتيه إلا لشخص المستفيد».

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٠١.

للتعاقد»[2]، فهذا الرأي يجعل الاعتبار الشخصي متمثلا فى الدافع المحدد للتعاقد، بينما ذهب رأي آخر الى الاكتفاء بجعل الاعتبار الشخصي عنصرا جوهريا للتعاقد[3].

ونتبين من خلال هذين الرأيين أنه إذا كان خطاب الضمان يتضمن حقا شخصيا، فإنه لا يعتبر من العقود ذات الطبيعة الشخصية، فعندما يتعهد البنك، فإنه لا يأخذ فى الاعتبار بشخص المستفيد، فالتزامه التزام بدفع مبلغ معين من النقود، و يستوى الأمر بالنسبة له، فهو يلتزم بدفع هذا المبلغ لأي شخص يحدده العميل.

ويختلف الأمر بالنسبة للعميل، فعند طلب إصدار خطاب الضمان، لايقوم البنك بالاصدار إلا بعد دراسة الوضع المالي والشخصي للعميل، وعلى ضوء هذه الدراسة يحدد الشروط التى سيصدر بها خطاب الضمان وخاصة منها المتعلق بنسبة الغطاء الذى يطلبه البنك من العميل، لذلك يكون للاعتبار الشخصي دور هام فى هذا التعاقد، ومن ثم يكون العقد ذا طبيعة شخصية فى العلاقة بين البنك والعميل[1].

ومن هذا المنطلق نتبين أنه بالنسبة لخطاب الضمان، ليس هناك تلازم بين الأمرين، فحق المستفيد حق شخصي ولكنه ليس ذا طبيعة شخصية، بمعنى أنه ليس لشخصية من يصدر لفائدته خطاب الضمان دخل فيه.

كما نتبين أن الرأي الأول من الفقه قد خلط بين الحق الشخصي باعتباره رابطة التزام والحق ذي الطبيعة الشخصية الذى يكون لشخصية المتعاقد دور هام فيه.

---

(2) Azoulai : L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, la tendance à la stabilité du rapport contractuel, Paris 1960, p. 1 : "un contrat est marqué d'intuitus personae lorsque la considération de la personne d'un des contractant a été déterminante du consentement donné par l'autre".

(٣) سمير اسماعيل، الإعتبار الشخصي فى التعاقد، رسالة دكتوراه منسوخة، قدمت إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ونوقشت بتاريخ ٣١ جويلية ١٩٧٥م، ص ١٥ وما بعدها.

(١) علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٤٧٩ و ص ٤٨٠.

وقد ترجع أهم الأسباب التى أدت بهذا الرأي إلى الخلط بين الأمرين، إلى أن المستفيد لايقوم فى الأصل بمصادرة خطاب الضمان إلا فى حالة تقصير العميل فى تنفيذ التزاماته، وفى علاقته بالبنك، يرجع اليه تقدير هذا التقصير، أما فى علاقته بالعميل المتعاقد معه، فيرجع تقدير هذا التقصير إلى قاضي الموضوع. وهذا لايعني أن حقه على قيمة خطاب الضمان ذو طابع شخصي.

فحق المستفيد حق شخصي، وقد يكون احتماليا، وهذه الخاصية لاتمنع أيضا دائنيه من القيام بإجراء الحجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان، فقد ذهب بعض الفقهاء[1] إلى القول «بأن حجز ما للمدين من منقولات أو حقوق لدى الغير جائز فى جميع الأحوال دون تحديد حالات معينة. و يعتبر هذا الحجز تحفظيا فى جميع الأحوال، وذلك سواء كان مع الدائنين سند تنفيذي وله الحق فى التنفيذ الجبري أم لا. و ينقلب هذا الحجز إلى حجز تنفيذى فى مرحلة لاحقة شأنه فى ذلك شأن اي حجز تحفظي. وحق حجز ما للمدين لدى الغير حق مستقل فالدائن وهو يحجز على ما لمدينه لدى الغير، لا يستعمل بهذا حقا لمدينه فى مواجهة مدين مدينه بل هو يستعمل حقا خاصا به».

ونتبين من خلال ما تقدم أن للمستفيد حقا فى ذمة البنك الذى تعهد بدفع مبلغ محدد للمستفيد لدى أول طلب يصدر منه، وأن هذا الحق وإن كان شخصيا فإنه لايعتبر ذا طابع شخصي، وبالتالي فليس هناك مايمنع دائني المستفيد من طلب الحجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان، خاصة وأن تعهد البنك تعهد مستقل عن العلاقة التى تربطه بالعميل وعن العلاقة التى تربط بين العميل والمستفيد. ويمكن أن يذهب بنا التصور الى أن خطاب الضمان يمثل حقا ذا طبيعة خاصة، إذ تعتبر قيمته بالنسبة للمستفيد، فى حكم التأمين النقدي، ومن ثم فإنها تبقى ملكا للبنك لا للعميل، وكون العميل يقدم للبنك غطاء نقديا عند اصداره لخطاب الضمان لا يغير من الوضع شيئا،

---

(١) فتحي والي: التنفيذ الجبرى، وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٢١٦.

فتقديم الغطاء لا يعني أن البنك سيستعمل الغطاء للوفاء بقيمة الضمان. فالغطاء، مهما كانت طبيعته، يمثل ضمانا للبنك على التزامه بإصدار خطاب الضمان، قد تختلف قيمته باختلاف الثقة التى يضعها البنك فى العميل وفى قدرته على الوفاء فى حالة مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد، و يترجم البنك فكرة الضمان من الناحية المحاسبية بقيد الغطاء فى حساب شخصي من حسابات البنك والمعروف باسم «احتياطي خطابات الضمان».

ولما كانت قيمة الضمان فى ملكية البنك، ولا تدخل فى ذمة المستفيد، وعملا بالقاعدة العامة القائلة بأن التنفيذ يرد على مايكون للمدين من حقوق مالية تكون الجانب الإيجابي من ذمته المالية والمعبر عنها أيضا بوجوب ملكية الشيء من قبل المدين[1]، فقد يذهب بنا الرأي إلى القول بعدم تمكين دائني المستفيد من الحجز على قيمة خطاب الضمان.

إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يستثنى منها، من ضمن الإستثناءات الأخرى، الحالة التى يكون فيها مال معين مقدم كضمان للدائن، ففي هذه الحالة يمكن التنفيذ على هذا المال ولو أنه مملوك للمدين[2]. ولانعتقد فى أن هذا الاستثناء يطبق على ما للمستفيد من حق على قيمة خطاب الضمان، حتى ولو اعتبرناه فى حكم التأمين النقدي، فهو غير حائز لقيمة الضمان، بل هي فى حيازة البنك وملك له، ومن ثم فإنه لايكون لدائني المستفيد الحجز على قيمة خطاب الضمان ما دامت فى حيازة البنك.

وإزاء ما تقدم يذهب بنا الرأي إلى ترجيح الوضع الأول والأخذ بتمكين دائني المستفيد من تطبيق الحجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان لدى البنك، لاعتبار أن

---

(١) فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٤٦

(٢) فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٤٧

حق المستفيد حق شخصي، من جهة أخرى، وإن اعتبرنا خطاب الضمان فى حكم التأمين النقدي، فإنه لايمكن تطبيق الأحكام المتعلقه به، فخطاب الضمان يخضع لحكم خاص ومتميز، فحيازة قيمة الضمان لا تكون للمستفيد، وانما تبقى للبنك. فخطاب الضمان يرتب للمستفيد حق المطالبة بقيمة الضمان فقط، ومتى قدر هو - وبشكل مطلق - أن العميل مقصر في تنفيذ التزاماته، كما يرتب التزاما فى ذمة البنك بالتسديد متى طلب ذلك المستفيد.

وإذا كان هذا الحكم متعلقا بحالة الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل مصادرته، فيبقى التساؤل قائما فى حالة الحجز على هذه القيمة بعد المصادرة، وبعد دفعها من قبل البنك للمستفيد.

أما فى المملكة العربية السعودية فقد حسمت الأمر مؤسسة النقد العربي السعودي عندما أصدرت تعليماتها بعدم جواز الحجز على خطاب الضمان فى أى حال من الأحوال[1].

ثانيا - الحجز على خطاب الضمان بعد مصادرته

يقوم المستفيد بمصادرة خطاب الضمان، وفى الأصل على البنك أن يسدد قيمته، ويسترجع الخطاب ليقوم بإلغائه، وبهذا الدفع تخرج المبالغ من ذمة البنك، ومن ثم تنتهي العلاقة الموجودة بين البنك والمستفيد نتيجة تنفيذ ما على البنك من تعهد.

أما بالنسبة للمستفيد، وفى حالة مصادرة خطاب الضمان النهائي، فإن تسلمه لهذه المبالغ لايجعله مالكا لها، وإنما يرجعها إلى طبيعتها الأصلية والمتمثلة فى التأمين النقدي

---

(١) جاء حظر الحجز على خطاب الضمان عملا بتعليمات مؤسسة النقد العربي السعودي الموجهة لهيئة حسم المنازعات التجارية عن طريق وزارة التجارة بخطاب من وزير التجارة رقم ١٢٠٢/١١ وتاريخ ١٤٠٧/٦/١٧هـ وعملا بالبرقية الصادرة عن نفس المؤسسة برقم ٤٢٩٩ - ٣ وتاريخ ١٤٠٧/٦/١٠هـ والموجهة إلى وزارة المالية.

المقدم من قبل العميل كضمان لحسن تنفيذ التزاماته، وبهذه الصفة تبقى المبالغ على ملكية مقدمها إلى أن يتم الاتفاق بين العميل والمستفيد على تسوية الحساب بينهما، وحينئذ تدخل المبالغ المستحقة من قبل المستفيد فى ذمته و يصبح مالكا لها، و يتعين عليه أن يرد إلى العميل ماتبقى من قيمة الضمان.

وأما فى حالة مصادرة خطاب الضمان الابتدائي المترتبة على تأخر المقاول أو المتعهد عن احضار الضمان النهائي وتوقيع العقد[1]، فإن تسلم هذه المبالغ يجعل المستفيد مالكا لها، فعدم التعاقد فى المواعيد النظامية يمنح الجهة الإدارية حق مصادرة الضمان المؤقت دون إنذار أو تخاذ أية إجراءات، كما يمنحها ملكية المبالغ المؤمنة، ويمنحها أيضا حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقتها من جراء عدم التعاقد.

ونتبين من خلال ماتقدم، أن المستفيد، فى حالة مصادرة خطاب الضمان، هو المالك لقيمته بقدر مايستحقه، ولكل قيمة خطاب الضمان الابتدائي، ومن ثم فإنه يمكن لدائني المستفيد الحجز عليها فى هذه الحدود.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن شخص المستفيد قد يجعل تطبيق هذه القواعد متميزة، فقد يكون المستفيد جهة إدارية، أو مؤسسة خاصة.

فإذا كان المستفيد جهة إدارية، فإن الأموال العامة لا تثير أي نزاع، فقد استقر الرأي على أنه لايجوز الحجز عليها، أما الأموال الخاصة للدولة فقد كانت مصدر خلاف بين الفقهاء. فمنهم من يذهب بالقول الى عدم جواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة على أساس أن يسار الدولة موثوق به ولاينازع فيه، ثم إن التنفيذ على هذه الأموال يمس

---

(١) فى هذه الحالة تقضي المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة بتمكين الإدارة من مصادرة الضمان المؤقت أو التنفيذ على حساب صاحب العرض المقبول مع الرجوع عليه بالتعويضات فى الحالة الأخيرة.

هيبة الدولة و يتعارض مع قواعد الحسابات الحكومية، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بجواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة على أساس أن التنفيذ الفردي لايفترض إعسار المدين بل يكتفى بعدم الوفاء، والدولة إذا امتنعت عن الوفاء بالدين برغم حلول أجله، فإنها قد أخلت بالثقة المفترضة فيها، ثم إن قواعد الحسابات الحكومية لا تتضمن مامن شأنه التضحية بالحقوق التى للغير فى مواجهة الإدارة[1] .

وبالإضافة إلى ماتقدم فإننا نأخذ برأي من قال بأنه لما كانت الدولة تخضع للقضاء على قدم المساواة مع الأفراد، ولما كان التنفيذ مرحلة ضرورية من مراحل الحماية القضائية للحق، فإنه يجب أن تخضع الأموال الخاصة للدولة ولهيئاتها العامة للتنفيذ[2].

ومع هذا فقد ذهبت اللجنة الثالثة لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بمصر فى فتواها الصادرة بجلستها بتاريخ ١٩٧٠/١٢/١٤م إلى القول بعدم جواز الحجز على خطاب الضمان عندما يكون المستفيد جهة إدارية وذلك على أساس المواد ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦ من اللائحة المالية للميزانية والحسابات الحكومية[3].

الفرع الثاني

الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائنى عميل البنك

يمثل خطاب الضمان قبل مصادرته، حقا للمستفيد ودينا على النبك لصالح المستفيد، لا لصالح العميل، ومؤدى ذلك أنه لايجوز لدائني العميل الحجز عليه لدى البنك كما أنه لايجوز لهم الحجز عليه لدى المستفيد[4].

---

(١) انظر فى هذا الشأن فتحي والي، مرجع سابق ص ١٥٥ و ص ١٥٦

(٢) فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٥٦

(٣) نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١٢

(٤) علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥١٥

أما بعد وفاء قيمة الضمان للمستفيد، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يمكن توقيع الحجز على قيمة الضمان بعد أدائها للمستفيد وذلك من قبل دائني العميل، وكل مايملكه المستفيد فى هذا الشأن يتمثل فى حقه الممتاز على غيره من الدائنين نتيجة كونه دائنا مرتهنا، فهو يستوفي حقه بالأولوية على غيره من الدائنين. وأساس هذا الرأي يكمن فى أن المبالغ التى تلقاها المستفيد من البنك تعود لها طبيعتها الأصلية المتمثلة فى أنها تأمين نقدي مقدم له من قبل العميل كضمان لحسن تنفيذ التزاماته[1].

وإن صح هذا القول فيما يتعلق بخطاب الضمان النهائي، فإننا لانذهب إلى القول بتطبيق هذا الحكم بالنسبة لخطاب الضمان الابتدائي الذي يقدمه العميل ضمانا لتقديم الضمان النهائي وتوقيع العقد، حيث أنه فى حالة امتناع العميل عن تقديم الضمان النهائي وعن توقيع العقد، فإنه يحق للمستفيد مصادرة خطاب الضمان الإبتدائي كما يحق له أن يطالب بالتعويض، ومن ثم فإننا لانعتقد أن قيمة الضمان تعود لها طبيعتها الأصلية بوصفها تأمينا نقديا، وإنها تدخل فى ذمة المستفيد، وبالتالي فإنه لايمكن لدائني العميل الحجز عليها.

المبحث الثاني
الحجز على غطاء خطاب الضمان

عند طلب إصدار خطاب الضمان من قبل العميل، وقبل إصداره، يطلب البنك - عادة - تقديم الضمان الذي يراه كافيا لتغطية مايلتزم به قبل المستفيد، و يعرف هذا الضمان فى الحياة العملية باسم الغطاء، وقد يكون نقديا أو عينيا[1].

---

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١٥

(١) انظر ماسبق، ص ١٠٠ ومابعدها.

وبهذه الصفة يكون البنك دائنا مرتهنا، يلتزم بإرجاع الرهن فى حالة عدم وفائه بقيمة الضمان للمستفيد، أما فى حالة الوفاء، فإنه للبنك أن يرجع على ماتحت يده من ضمانات فى حدود ماتم دفعه للمستفيد. وترتيبا على ذلك، فإنه يمكن لدائني العميل الحجز على قيمة الغطاء، مع العلم بأنه للبنك بصفته دائنا مرتهنا حق التقدم والأولوية على سائر الدائنين وفقا لأحكام الرهن الحيازي.

وتجدر الإشارة إلى أن التحفظ على الأوراق المالية أو تجميد مبلغ فى حساب العميل أو التأشير بما يفيد ذلك لايرتب وحدة صفة الدائن المرتهن وبالتالي حق اقتضاء قيمة، ومن ثم لايكون له حق اقتضاء قيمة الدين من ملف الأوراق المالية الخاص بالعميل أو من حسابه. وحتى يتمكن البنك من ذلك فإنه يتعين على البنك تحديد الأوراق المالية التى يريد تخصيصها لهذا الغرض، وإيداعها ملفا خاصا بعد الحصول على إقرار من العميل برهن هذه الأوراق رهنا حيازيا ثم قيدها فى حساب يعرف باسم «احتياطي خطابات الضمان» كما يجب على البنك، بالنسبة للغطاء النقدي، خصم مقابلة النقدي من حساب العميل وقيده فى حساب «احتياطي خطابات الضمان»[1].

المبحث الثالث
تطبيق قواعد الحجز فى المملكة العربية السعودية

لم ترد فى المملكة العربية السعودية أحكام خاصة بشأن الحجز، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة أى الشرعية المتعلقة بالحجز. وتتميز هذه القواعد بالعمومية وتتعلق بالتنفيذ الجبري، كما تتسم بثلاث خصائص تتمثل الأولى منها فى أن إجراء التنفيذ الجبرى فى الشريعة الإسلامية لايتطلب تدخل القوة العامة وأعوان التنفيذ إذا

(١) انظر ماسبق، ص ١٠٠ ومابعدها، وانظر أيضا راغب حبشى، مرجع سابق

كان الدائن فى وضع يمكنه من الحصول على ماله أو بعضه دون رضاه وحتى خفية عنه بشرط ألا يتجاوز قيمة الدين، وتتمثل الخاصية الثانية فى أن التنفيذ لايتطلب الكتابة فى سند تنفيذي، فالقاضي يقوم فى نفس الوقت بإصدار الحكم و بتنفيذه تحت سمعه و بصره فى تاريخ صدوره، وتتمثل الخاصية الثالثة فى أن التنفيذ الجبرى يخضع لإجراءات مبسطة تختلف باختلاف وسائل التنفيذ الجبرى، وتتمثل هذه الوسائل فى الحجز على المدين، ومنعه من السفر، وتعزيره، وحبسه، و بيع ماله فى السوق بالمزاد العلني عن طريق المنادى[1].

وهكذا نتبين أن القواعد الشرعية المتعلقة بالحجز والتنفيذ تتميز بالعمومية ولا تتعارض مع القواعد العامة المتعلقة بالحجز والتى سبق البحث فيها.

وتبعا لذلك فإننا نعتقد أنه يمكن الرجوع إلى هذه القواعد وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المملكة قد رأت، منذ فترة ضرورة تنظيم الحجز والتنفيذ بقواعد خاصة، وتجسيدا لذلك، جاء مشروع نظام مرافعات، وهو الآن محل نظر فى شعبة الخبراء بمجلس الوزراء.

وقد تضمن هذا المشرع أحكاما خاصة بالتنفيذ، فنظم هذه العملية، حيث جاء بهذا المشروع وتحت رقم ٢٢٠: «إذا لم يقم المحكوم عليه بتسليم المبلغ المحكوم به، فيجري التنفيذ على أمواله بتوقيع الحجز على منقولاته أو عقاراته و بيع هذه الأموال إن اقتضى الحال بالمزاد العلني بأمر المحكمة وفقا لما نص عليه فى هذا الفصل ويحدد القاضي ماتدعو الحاجة إلى تركه للمحجوز عليه من المنقول والعقار».

---

(١) عبدالعزيز خليل بديوي، القضاء فى الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي، ١٩٨٠م، ص ١٠٢

وأجاز هذا المشروع حجز مايكون للمدين لدى الغير حيث ورد تحت رقم ٢٣٦ : «يجوز لكل دائن بيده حكم قابل للتنفيذ بدين فى الذمة حال الأداء، أن يحجز مايكون لمدينه لدى الغير من الديون، ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، وما يكون من الأعيان المنقولة فى يد الغير».

وقضى المشروع بإمكانية توقيع الحجز التحفظي، حيث جاء تحت رقم ٢٤٢ : «للدائن أن يطلب ايقاع الحجز التحفظي على منقولات مدينة إذا لم يكن للمدين محل إقامة ثابت فى البلاد وخشي الدائن لأسباب مقبولة فراره أو تهريب أمواله»، كما ورد تحت رقم ٢٤٥ : «للدائن بدين مستقر حال الأداء ولو لم يكن بيده حكم قابل للتنفيذ أن يطلب إيقاع الحجز حجزا تحفظيا على مايكون لمدينه لدى الغير من الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، وما يكون له من الأعيان المنقولة فى يد الغير».

ومن خلال هذه الأحكام التى تضمنها مشروع المرافعات يتضح لنا أيضا أن القواعد العامة للحجز والتى سبق بحثها تتطابق مع وجهة نظر المنظم السعودي فى هذا الشأن.

بعد هذه الجولة، وفى ضوء ثمرتها المتأصلة فى بحثنا هذا اتضح أن الكفالات البنكية وخصوصا خطابات الضمان، عبارة عن تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب عميله لفائدة شخص آخر تربطه علاقة أصلية بالعميل، و يعرف بالمستفيد. وبموجب هذا التعهد يكون التزام البنك غير مشروط بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لدى أول طلب يقدمه المستفيد إلى البنك خلال مدة صلاحية الضمان. وقد يقيد الدفع بوجود تقصير فى تنفيذ الالتزام الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد، وفى هذه الحالة يكون للمستفيد وحده حق تقدير التقصير فى التنفيذ بإطلاق.

وقد احتلت خطابات الضمان مكانة هامة فى الحياة التجارية البنكية، وخصوصا وأن المنظم السعودى قد قضي بوجوب تقديمها فى مجال التعامل مع الجهات الحكومية.

و بالرغم من هذه الأهمية فإن المنظم السعودي لم يأت بأحكام خاصة لتنظيم خطابات الضمان ولتحديد الآثار القانونية المترتبة عليها. وأمام هذا الفراغ القانوني عمدت البنوك إلى وضع عقود نموذجية تتضمن شروطا، وإن اختلفت فى صيغتها وفى بعض جزئياتها من بنك لآخر، فهي تتفق فى جوهرها. وقد اتضح لنا أن هذه الشروط وإن سدت بعض الفراغ فإنها تظل غير كافية لتفسير كل الآثار المترتبة على خطابات الضمان.

وقد حاول الفقه تفسير العلاقات المترتبة على خطابات الضمان، مستندا على القواعد القانونية العامة أي المدنية، وقد لاحظنا أيضا أن هذه القواعد لا تكفي لتحديد هذه الآثار ولتفسير العلاقات التى أنشأها خطاب الضمان.

فهذه العملية متكاملة ومتشابكة ومتميزة، لأن خطاب الضمان ينشأ عن علاقة أصلية بين العميل والمستفيد، على أثرها - و بطلب من العميل - يصدر البنك خطاب الضمان، يتعهد بموجبه البنك بدفع مبلغ معين من النقود، و يتميز التزام البنك بالاستقلالية والتجريد فهو منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل لالتزاماته قبل المستفيد من جهة، و بعلاقة العميل بالبنك من جهة أخرى. و يتميز أيضا خطاب الضمان بكفايته الذاتية واستحقاقه من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد، فمن حق المستفيد أن يطالب بقيمته من هذا التاريخ، وكأن البنك قد وضع تحت تصرفه مبلغا نقديا، مما يجعلنا نقول بأن خطاب الضمان يحل محل التأمين النقدي.

وقد تزداد خصوصية هذه العلاقات بروزا فى حالة صدور خطاب الضمان عن بنك أجنبي، أو فى حالة إخضاع هذه العلاقات لأعراف دولية أو الى تحكيم قد يخرجها من إطار القيود القانونية الداخلية.

وأمام خصوصية خطابات الضمان والمشكلات المتمثلة أساسا فى تكييفها القانوني وفى تطبيق القواعد القانونية العامة عليها والتى يمكن أن يتعرض لها أطراف هذه العلاقات والمحاكم التى ترفع أمامها الدعاوى الخاصة بها، والغير الذي يطلب الحجز على قيمتها، فإننا نرى أن من الأجدى أن يتدخل المنظم السعودى لوضع الأحكام الخاصة والكفيلة بمعالجة هذه المشكلات، وذلك على غرار ماقام به المشرع فى بعض البلدان، فقد تضمن قانون التجارة الكويتي لسنة ١٩٨٠م أحكاما خاصة بخطاب الضمان، فجاءت المادة ٣٨٢ منه بتعريفه، و بينت المواد من ٣٨٣ الى ٣٨٧ منه بعض أحكامه وخصائصه[1]. وقد أخذ عن التقنين التجاري الكويتي المشرع العراقي، حيث

---

(١) المادة ٣٨٢: «خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب. و يوضح فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من أجله».

تضمن قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ أحكاما خاصة بخطاب الضمان، فعرفته المادة ٢٨٧ منه وبينت المواد من ٢٨٩ الى ٢٩٣ أحكامه وخصائصه، وقد جاءت هذه الأحكام بصيغة مماثله لما أورده المشرع الكويتي.

وقد يكون لمحاولة غرفة التجارة الدولية نطاق أوسع، عندما أصدرت «القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية» بتاريخ ١٩٧٨م، ودعت إلى تطبيقها خاصة فى مجال التجارة الدولية من أجل إقامة توازن بين مصالح الأطراف المعنية.

وأمام هذه الأمثلة لايسعنا إلا أن يحدونا الأمل فى أن نرى أحكاما خاصة تطبق فى مجال خطابات الضمان المعمول بها فى المملكة العربية السعودية.

المادة ٣٨٣: «١ - يجوز للبنك أن يطلب تقديم تأمين مقابل إصدار خطاب الضمان.

٢ - يجوز أن يكون التأمين تنازلا من الآمر عن حقه قبل المستفيد».

المادة ٣٨٤: «لايجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشىء عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك».

المادة ٣٨٥: «لايجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد».

المداة ٣٨٦: «تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذ لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها».

المادة ٣٨٧: «إذا وفى البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه فى خطاب الضمان حل محله فى الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ الذى دفعه».

الملاحق :

نماذج مصدرها :

وثائق البنك العربي الوطني
وبنوك أخرى
وثائق وزارة المالية
والاقتصاد الوطني

نموذج (١/أ) طلب إصدار خطاب ضمان

طلب اصدار سند كفالة

حضرة مدير البنك العربي الوطني المحترم | التاريخ ....

رقم الكفالة ....

تحية واحتراماً ،

نحن ....

نرجو أن تقدموا كفالة (ابتدائية / نهائية / سلفة) بالنيابة عنا / عن ....

بمبلغ .... (المبلغ بالارقام) ....

لمدة .... من .... الى ....

لأمـــر ....

وذلـك ....

....

....

....

....

....

....

....

....

....

....

« حسب النص المعتمد من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالمملكة العربية السعودية.»

واننا نتعهد لكم (مجتمعين ومنفردين) بتحمل أية مسؤولية قد تنتج من جراء هذه الكفالة واننا نفوضكم بان تقيدوا على حسابنا لديكم ، دون الرجوع الينا ، قيمة التأمين بمعدل .... ٪ والعمولة بمعدل .... ٪ واية مصاريف اخرى تضطرون لدفعها من جراء هـــذه الكفالة . كما نفوضكم ايضاً بدفع قيمة هذه الكفالة عند اول طلب وقيد القيمة على حسابنا لديكم . واننا نجيز لكم (إذا رأيتم ذلك مناسباً ودون أن تكونوا ملزمين بذلك)تمديد هذه الكفالة بنفس الشروط والمدة التي ترونها مناسبة دون الرجوع الينا واخذ موافقتنا مجدداً .

كما نوافق على أن تبقى مسؤوليتنا تجاهكم فيما يتعلق بهذه الكفالة قائمة ومستمرة الى أن تعادالبكم وتوافق الجهة المقدمة لصالحها على الغائها وذلك بغض النظر عن انتهاء مدتها .

وان هذه الكفالة تخضع للشروط العامة للكفالات الموقعة من قبلنا والتي تثبت اتفاقنا معكم بخصوص جميع الكفالات التي نطلبها وتوافقون على اصدارها .

توقيع الكفيل/ الكفلاء بالتكافل والتضامن | توقيع طالب إصدار الكفالة

ك ض ٧٨/٢ (السعودية)

نموذج (ا/ب) طلب إصدار خطاب ضمان ابتدائي

البنك الأهلي التجاري
THE NATIONAL COMMERCIAL BANK
شركة تضامنية مركزها الرئيسي – جدة
س.ت ١٥٨٨

فرع
التاريخ
الموافق

برقياً : موفق

حضرة المكرم مدير البنك الاهلي التجاري المحترم

بعد التحية : –

نرجو الموافقة وتعميد من يلزم بإصدار خطاب ضمان غير قابل للإلغاء خاص بالتأمين المؤقت من مصرفكم نيابة عنا وعلى حسابنا ومسؤوليتنا بالنص التالي :

خطاب ضمان رقم .... (خاص بالتأمين المؤقت)

بعد التحية : –

حيث ان .... قد تقدم بعطائه عن ....
.... يضمن هذا البنك الاهلي التجاري ضماناً غير مشروط ان يدفع لكم عند اول إشعار خطي منكم بالمطالبة بالدفع – مبلغاً لا يتجاوز ....
....

وذلك مايعادل ٢٪ اثنين في المائة من قيمة عطائه بموجب شروط المناقصة .
يسري مفعول هذا الضمان .... حتى نهاية اليوم .... من الشهر .... من عام .... ويجب التقدم بأي مطالبة بدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .
يخضع اي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .
وتفضلوا بقبول تحياتنا ،،،

البنك الاهلي التجاري

وانّا نتعهد لكم تعهداً باتاً ونهائياً بان ندفع لكم فوراً ودون قيد او شرط كل ما يدفعه او يؤديه مصرفكم او يلزم به او يتحمله بسبب هذا الضمان ، وعلاوة على ذلك كافة المصروفات ومقابل الخدمات المستحقة لكم على جملة تلك المبالغ لحين التسديد النهائي كما نفوضكم تفويضاً باتاً ونهائياً وغير قابل للإلغاء بأن تقيدوا على حسابنا بمصرفكم تأمين الضمان المذكور بنسبة ٪ وعمولة الضمان بنسبة ٪ مع حقكم المطلق في ان تقيدوا على حسابنا لديكم كامل قيمة هذا الضمان في اي وقت دون حاجة لإبداء الأسباب او الرجوع الينا للحصول على موافقتنا مع التزامنا بالتسديد اذا لم يكن حسابنا لديكم كافياً لتسديدها ، كما نفوضكم بتجديد وتمديد مدة خطاب الضمان أعلاه على حسابنا ومسؤوليتنا بنفس شروطه لاي مدة ترونها اذا طلب ذلك المستفيد او اي جهة مختصة وذلك دون حاجة الرجوع الينا او الحصول على موافقتنا حتى تمام الإفراج عن هذا الضمان او الغائه نظاماً .
وهذا اقرار نهائي وبات وتعهد منا بكل ما ذكر اعلاه .

وتفضلوا بقبول تحياتنا ،،،

الاسم   الصفة
العنوان   التوقيع

(كفالة غرم واداء تضامنية)

اقر انا الموقع ادناه .... باني اكفل بالتضامن .... كفالة غرم واداء في الوفاء بجميع التزاماتها اعلاه للبنك الاهلي التجاري .... وفي تسديد كل ما يستحق للبنك بسبب هذا الضمان وحسب شروطه

التاريخ / / ١٣٩   اسم الكفيل
عنوان الكفيل   توقيع الكفيل

مطابع النجاح – خلف ... المدهد

نموذج رقم ٢٢

نموذج (ا / ج) طلب إصدار خطاب ضمان نهائي

البنك الأهلي التجاري
THE NATIONAL COMMERCIAL BANK
شركة تضامنية مركزها الرئيسي – جدة
س. ت ١٥٨٨

فرع
التاريخ
الموافق

برقياً : موفق

حضرة المكرم مدير البنك الاهلي التجاري　　　　المحترم

بعد التحية : –

نرجو الموافقة وتعميد من يلزم بإصدار خطاب ضمان غير قابل للإلغاء خاص بالتأمين النهائي من مصرفكم نيابة عنا وعلى حسابنا ومسؤوليتنا بالنص التالي :

خطاب ضمان رقم　　　(خاص بالتأمين النهائي) . . . . — — —

بعد التحية : –

حيث انكم منحتم . . . .

عقــداً . . . .

نضمن بهذا نحن البنك الأهلي التجاري　　السادة المذكورين اعلاه . . . .

دفع مبلغ لا يتجاوز . . . .

وهو يمثل ١٠ ٪ عشرة في المائة من قيمة العقد ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بان نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عــن المبلغ المذكور اعلاه وقدره . . . .

عند استلام اول اشعار خطي منكم يصدر خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور اعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هــذا الضمان – يســري مفعول هذا الضمان حتى نهــاية

اليوم　　من الشهر　　من عام　　١٣٩

يخضع اي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لانظمة المملكة العربية السعودية .

وتفضلوا بقبول تحياتنا ،،،

البنك الاهلي التجاري

وانا نتعهد لكم تعهداً باتاً ونهائياً بان ندفع لكم فوراً ودون قيد او شرط كل ما يدفعه او يؤديه مصرفكم او يلزم به او يتحمله بسبب هــذا الضمان ، وعلاوة على ذلك كافة المصروفات ومقابل الخدمات المستحقة لكم على جمــلة تلك المبالغ لحين التسديد النهائي كما نفوضكم تفويضاً باتاً ونهائياً وغير قابل للإلغاء بان تقيدوا على حسابنا بمصرفكم تأمين الضمان المذكور بنسبة ٪ وعمولة الضمان بنسبة ٪ مع حقكم المطلق في ان تقيدوا على حسابنا لديكم كامل قيمة هــذا الضمان في اي وقت دون حاجة لإبداء الأسباب او الرجوع الينا الحصول على موافقتنا مع التزامنا بالتسديد اذا لم يكن حسابنا لديكم كافياً لتسديدها ، كما نفوضكم بتجديد وتمديد مدة خطاب الضمان اعلاه على حسابنا ومسؤوليتنا بنفس شروطه لاي مدة ترونها اذا طلب ذلك المستفيد او اي جهة مختصة وذلك دون حاجة للرجوع الينا او الحصول على موافقتنا حتى تمام الافراج عن هذا الضمان او الغائه نظاماً .

وهذا إقرار نهائي وبات وتعهد منا بكل ما ذكر اعلاه .

وتفضلوا بقبول تحياتنا ،،،

الاسم　　　　الصفة

العنوان　　　　التوقيــع

(كفالة غرم واداء تضامنية)

اقر انا الموقع ادناه　　باني اكفل بالتضــامن　　كفالة غرم واداء في الوفاء بجميع التزاماتهم اعلاه للبنك الاهلي التجاري وفي تسديد كل ما يستحق للبنك بسبب هذا الضمان وحسب شروطه .

التاريخ　/　/　١٣٩　　　اسم الكفيل . . .

عنوان الكفيل　　　　توقيع الكفيل

نموذج رقم ٢١

مطابع الشعر . شارع البلد

نموذج (١ / د) طلب إصدار خطاب ضمان

Name of the Company :

RESERVED FOR THE BANK
LETTER OF GUARANTEE No.
Approved by
Margin

To : AL BANK AL SAUDI AL FRANSI

Dear Sirs,

Please issue a bid bond (1) on my/our behalf
— Performance bond
— Prepayment refund bond
— Payment bond

In favour of
for an amount of ... being ... % of a contract
concerning
and valid until ... 19 ... or ... 13 ...

In consideration of your issuing the above guarantee, I/we hereby bind me/ourselves in respect of the conditions as detailed overleaf.

Signature

(1) strike whichever not applicable.

اسم الشركة :

لأستعمال البنك فقط
ضمان رقم
موافق عليه من قبل
تأمين

إلى البنك السعودي الفرنسي

بعد التحية :

نرجو إصدار ضمان بدائي (١) تكفلونا بموجبه
— ضمان بسير العمل
— ضمان للحصول على سلفه
— ضمان بالدفع

لصالح
بمبلغ ... وذلك ما يعادل ... ٪ من المقاولة
الخاصة
وصالح لغاية ... ١٩ ... أو ... ١٣
نظرا لأصدار كم الضمان ، بهذا نوافق ونلتزم بالشروط المذكورة على خلف هذا الطلب.

التوقيع

(١) احذف الغير صالح

GENERAL CONDITIONS

FOR THE ESTABLISHMENT OF A LETTER OF GUARANTEE BY AL BANK AL SAUDI AL FRANSI IN SAUDI ARABIA

(herein called the Bank)

1 The applicants, will pay to the Bank such sum as margins as will be deemed necessary by the Bank. This margin will be refunded to the applicant after the Bank has received back the original letter of guarantee since same Public Administrations consider the Bank commitment valid until that time without consideration to the actual maturity date of the letter of guarantee.

2. The applicant undertakes irrevocably to indemnify the Bank against all claims or demands arising out of the said guarantee and to refund to the Bank any amount that it may be requested to pay under said guarantee. In particular since the Public Administrations require an irrevocable commitment from the Bank to pay on first written notice, the applicant authorizes the Bank to debit his account for such payments without assuming the Bank had the obligation to ask for his prior approval or had the obligation to request from the Ministry concerned any explanation since the said Ministry is not obliged to do so. In case the applicant S account has insufficient funds, the applicant undertakes to cover immediatly the necessary amount of cash.

3 In case a Public Administration requires an extension of the guarantee, the applicant will give its instructions of renewal within three days of the Bank advice. Failing him to do so or in the event the Bank is not willing to extend its commitment, the letter of guarantee amount will be blocked by debit of the applicant as detailed in the provisions of paragraph 2 above.

4. Unless otherwise agreed upon, the issuance of a bid bond by the Bank does not imply a commitment by the Bank to issue the performance and prepayment refund bonds in the case the applicant is successful in its tender and is awarded the contract. It must be clearly understood that in the event these letter of guarantees would not be issued by the Bank the applicant must arrange for their issurance by another bank or, failing to do so, to pay to the concerned Ministry, the amount of the bid guarantee.

شروط عـامة

لإصدار خطاب من قبل البنك السعودي الفرنسي في المملكة السعودية

يشار له هنا بالبنك

١ – طالب الضمان سوف يدفع للبنك كتأمين المبلغ الذي يراه البنك ضرورياً . وان ذلك التأمين سوف يعاد لطالب الضمان بعد ان يكون البنك قد استلم نسخة الضمان الأصلية نظراً لأن بعض الدوائر الرسمية تعتبر البنك ملزماً حتى ذلك الوقت دون الاخذ بالاعتبار تاريخ الصلاحية الحقيقية لخطاب الضمان .

٢ – طالب الضمان يتعهد تعهداً إلزامياً بتعويض البنك ضد كل الطلبات التي تنتج عن الضمان المذكور ويعاد للبنك اي مبلغ قد يطلب من البنك دفعه . وعلى الأخص ونظراً لان الدوائر الرسمية تحتاج لتعهد الزامي من البنك بأن يدفع عند اول طلب لذا فان الطالب الضمان يسمح للبنك بأن يخصم من حسابه مثل ذلك المبلغ دون ان يعتقد بأن البنك ملزماً بأن يأخذ موافقته الأولية أو ان يكون ملزماً بأن يطلب من الوزارة المعنية اي توضيح ، لأن الوزارة ليست ملزمة باعطاء اي ايضاح . في حالة ان حساب طالب الضمان لا يوجد به مبلغ يغطي – طالب الضمان يتعهد بتغطية الضرورية حالاً وان يكمل المتبقي نقداً .

٣ – في حالة ما اذا طلبت الدوائر المختصة تمديد الضمان ، يجب على طالب الضمان أن يعطي تعليماته بتجديد خلال ٣ ايام من اشعار البنك . أما إذا لم يقم بذلك الإجراء او في حالة ان البنك لا يرغب تمديد التزاماته ، فإن مبلغ خطاب الضمان سوف يحجز بخصمه من حساب طالب الضمان حسب ما جاء بالفقرة ٢ اعلاه .

٤ – الا اذا اتفق عليه ، اصدار خطاب الضمان البدائي من قبل البنك لا يعني التزام البنك باصدار خطاب الضمان النهائي بالعمل أو خطاب ضمان استلام السلفة المطلوبين في حالة الطالب قد نجح في الحصول على المقاولة . يجب ان يفهم بوضوح بانه في حالة ما اذا رفض البنك اصدار خطابات الضمان المذكورة فإنه يتحتم على طالب الضمان ترتيب اصدارهم من بنك آخر ، اما اذا فشل في ذلك ، فيجب عليه ان يدفع للوزارة المعنيه مبلغ خطاب الضمان البدائي .

نموذج (ا / د) طلب إصدار خطاب ضمان

(طلب ضمان، روجع ١/٦/١٩٨٢م)

البنك السعودي الامريكي

Saudi American Bank

APPLICATION FOR GUARANTEE AND CUSTOMER AGREEMENT

The undersigned

(the Customer) hereby requests Saudi American Bank (the Bank) to issue for its account and risk the following irrevocable guarantee and, to induce such issuance the Customer hereby agrees as stated below:

Type.

☐ Preliminary deposit (bid bond)

☐ Final deposit (Performance bond)

☐ Advance payment guarantee

☐ Other (specify)

Amount.

☐ SR ______________________

☐ US$ ______________________

Beneficiary: ______________________

Expiry date: ______________________

Representing ______________________ %

of the value of the following described contract (the Contract)

Project Name ______________________

Reference No ______________________

Owner ______________________

Description ______________________

The guarantee shall be issued (check applicable box):

☐ In such form as guarantees are normally issued by the Bank to the Beneficiary named herein.

☐ In the form requested by the Customer (per Exhibit A attached).

طلب ضمان واتفاقية عملاء

يهذا يطلب الموقع ادناه

(العميل) من البنك السعودي الأمريكي (البنك) إصدار الضمان التالي، غير قابل للنقض، على حسابه ومسئوليته، ومن أجل استصدار مثل هذا الضمان، يوافق العميل بموجب هذا على المبين أدناه :

النوع :

☐ ضمان ابتدائي (ضمان مناقصة)

☐ ضمان نهائي (ضمان تنفيذ)

☐ ضمان دفعة مقدمة

☐ أخرى (حدد)

بقيمة :

☐ ريال سعودي ______________________

☐ دولار أمريكي ______________________

المستفيد : ______________________

تاريخ الانتهاء : ______________________

ويمثل : ______________________ %

من قيمة العقد الموضح فيما يلي (العقد)

اسم المشروع : ______________________

الرقم الاشاري: ______________________

المالك: ______________________

بيان: ______________________

يصدر الضمان

(أشر على الخانة المنطبقة)

☐ بالصيغة التي يصدر بها البنك الضمانات عادة إلى المستفيد المبين اسمه هنا .

☐ بالصيغة التي يطلبها العميل (حسب البيان أ المرفق) .

The Bank shall use its best efforts to issue the guarantee in a form satisfactory to the Beneficiary, but shall not be liable for rejection of any guarantee by the Beneficiary or any resulting loss to the Customer.

The Customer agrees to pay to the Bank upon demand:

(i) amounts paid to the Beneficiary pursuant to the guarantee;

(ii) such charges as may be agreed for issuance of the guarantee;

(iii) attorney's fees, appraisal fees, court costs and all other expenses incurred by the Bank in connection with the issuance of the guarantee or the enforcement of its rights under this Application and Agreement.

The Beneficiary has the right, in its sole and absolute discretion, to demand payment pursuant to the guarantee to be issued hereunder without any statement of reasons for the demand and without regard to performance under the Contract. Customer agrees to immediately reimburse the Bank for any and all amounts paid to the Beneficiary under a demand conforming to the requirements of the guarantee, regardless of and without set-off or deduction for any claims which it may have against the Beneficiary or any other party to the Contract.

In the event that the Bank from time to time receives one or more requests or demands from the Beneficiary to extend the guarantee or to "hold value" or any similar requests or demands regardless of how worded, the Bank in each case may in its sole discretion, but without obligation to do so, extend the guarantee issued hereunder to the date specified by the Beneficiary or if no date is specified, to a date determined by the Bank.

The Customer agrees that the Bank may demand cash collateral for its obligations under this application at such times and in such amount as the Bank may deem adequate for its security, notwithstanding that no demand or request has been made by the Beneficiary. The Bank may establish a separate cash collateral account in the name of the Customer for this purpose. The Customer agrees to furnish immediately such collateral upon written notice (including telex or telegraphic notice) from the Bank.

ويبذل البنك أقصى جهده لإصدار الضمان بصورة مرضية للمستفيد، ولكنه لن يكون مسئولا عن رفض أي ضمان من قبل المستفيد أو أية خسارة تقع للعميل .

ويوافق العميل على أن يدفع إلى البنك عند الطلب :

١) المبالغ المدفوعة للمستفيد وفقا للضمان .

٢) النفقات التي يتفق عليها لإصدار الضمان :

٣) أتعاب المحامي، ورسوم التثمين، ونفقات المحكمة، وكافة المصاريف الأخرى التي يتحملها البنك بشأن اصدار الضمان أو إنفاذ حقوقه بمقتضى هذا الطلب وهذه الاتفاقية .

للمستفيد الحق، بمطلق تقريره أن يطالب بالدفع طبقا للضمان الذي سيصدر بمقتضى هذا الطلب وهذه الاتفاقية، دون أي بيان لأسباب المطالبة وبغض النظر عن الأداء بموجب العقد. ويوافق العميل على أن يدفع فورا إلى البنك أية وكافة المبالغ المدفوعة، إلى المستفيد بموجب مطالبة تتفق مع متطلبات الضمان، وبغض النظر، ودون تعويض أو اقتطاع، عن أية مطالبات قد تكون له تجاه المستفيد أو أي طرف آخر من أطراف العقد .

وفي حالة تسلم البنك، من حين لآخر طلب أو مطالبة أو أكثر من المستفيد تمديد الضمان أو لـ «حجز القيمة» أو أية طلبات أو مطالبات، بغض النظر عن كيفية صياغتها، فإن البنك في كل حالة وطبقا لتقديره وحده، ولكن دون التزام بعمل ذلك، يستطيع أن يمدد الضمان الصادر بمقتضى هذا الطلب وهذه الاتفاقية، لغاية التاريخ الذي يحدده المستفيد أو التاريخ الذي يحدده البنك، إذا لم يحدد تاريخ بذلك .

ويوافق العميل على أن للبنك أن يطالب بضمان نقدي مقابل التزاماته بموجب هذا الطلب في أي وقت أو بأية مبالغ يراها البنك ضمانا كافيا، بغض النظر عن عدم تقدم المستفيد بأية مطالبة أو طلب . وللبنك أن يفتح حساب تأمين نقدي منفصل باسم العميل لهذه الغاية . ويوافق العميل على تقديم هذا الضمان النقدي فورا عند تلقي اشعار خطي (بما في ذلك اشعار بالتلكس أو برقي) من البنك .

Collateral held by the Bank to secure the Customer's obligations hereunder may be applied, at the discretion of the Bank, to other obligations of the Customer to the Bank now or hereafter arising.

ويمكن استخدام الضمان المحجوز من قبل البنك كتأمين عن التزامات العميل بموجب هذه الاتفاقية، حسب تصرف البنك، لالتزامات أخرى من جانب العميل تجاه البنك قائمة حاليا أو قد تنشأ مستقبلا .

In the event of failure to make timely payment of any amount due hereunder, the Bank may set off-against such amount any of the Customer's deposits with the Bank or other indebtedness owing from the Bank. This right is in addition to any other legal rights the Bank may have. In addition, the Bank without prior notice may sell any securities or property of the Customer held by the bank and apply the proceeds to the Customer's obligations hereunder, and Customer shall remain liable for any deficiency.

وفى حالة الإخفاق فى تقديم الدفع أو أية دفعة بمقتضى هذا، فى الوقت المحدد فإن للبنك أن يعوض هذه الدفعة من أية ودائع للعميل لدى البنك أو أية ديون أخرى مطلوبة من البنك. وبالإضافة إلى ذلك، فإن للبنك، دون أشعار مسبق، أن يبيع أية رهونات أو ممتلكات للعميل تكون فى حيازة البنك، وأن يستخدم ريع البيع فى تسوية التزامات العميل بموجب هذه الاتفاقية، ويكون العميل مسئولا عن أى نقص.

The Customer authorizes the Bank to debit its account No. .... for cash collateral and for all other amounts due or becoming due under this Application from time to time.

ويفوض العميل البنك بأن يقيد على حساب رقم : مبلغ وديعة نقدية وكافة المبالغ الأخرى المستحقة أو التى تصبح مستحقة بموجب هذه الاتفاقية من حين لآخر .

Signed this ____________
day ____________
of ____________
198 ____ .
at ____________
Saudi Arabia

جرى توقيعه فى هذا ____________
اليوم : ____________
من شهر : ____________
من عام : ____________
بمدينة : ____________
المملكة العربية السعودية .

CUSTOMER

العميل :

Company name ____________
Signature ____________
Name ____________
Title ____________

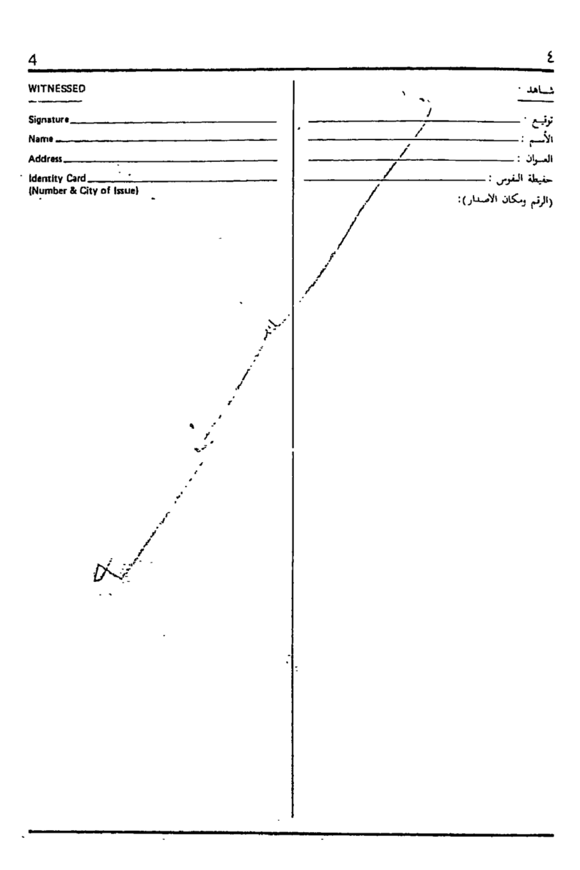
اسم الشركة : ____________
الموقع : ____________
الاسم : ____________
اللقب الوظيفى : ____________

WITNESSED

شاهد :

Signature ____________
Name ____________
Address ____________
Identity Card ____________
(Number & City of Issue)

توقيع : ____________
الاسم : ____________
العنوان : ____________
حفيظة النفوس : ____________
(الرقم ومكان الاصدار):



WITNESSED

Signature ____________

Name ____________

Address ____________

Identity Card ____________
(Number & City of Issue)

شــاهد :

توقيـع : ____________

الأســم : ____________

العنـوان : ____________

حفيظة النفوس : ____________
(الرقم ومكان الاصدار):

نموذج (٢) : نموذج الرسك المحدد للعميل

البنك العربي الوطني

رسك الكفالات

الاسم ....

العنوان ....

الرسك المحدد

السيولة

التأمين ....

الضمان ....

التاريخ	الرقم	لأمر	التأمين			القيمة			تاريخ التسديد	المراجعة
			منه	له	الرصيد	منه	له	الرصيد		

نموذج (٣): سجل خطابات الضمان الصادرة

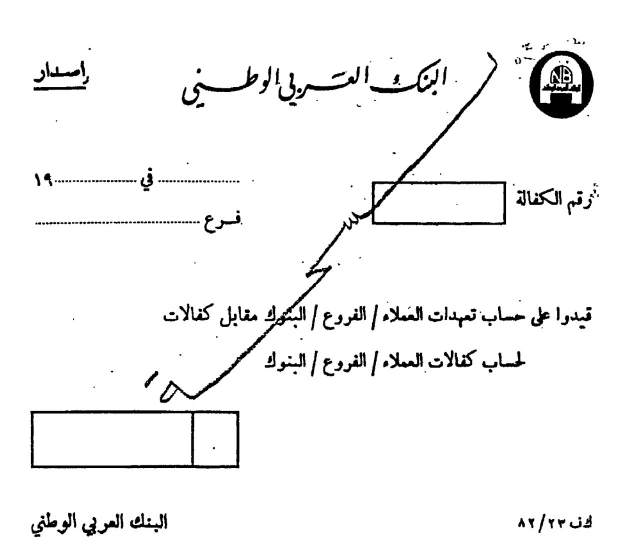
البنك العربي الوطني

سجل الكفالات

التاريخ	الرقم	الاستحقاق	المكفول	لأمر	الكفيل	نوع العمل الذي أعطيت الكفالة من أجله

العمولة	التأمين	المبلغ	التوقيع			التجديد		تاريخ الإرجاع أو الإلغاء	التواقيع عند الإرجاع			الملاحظات
			رئيس القسم	المراقب	المدير	الأول	الثاني		رئيس القسم	المراقب	المدير	

نموذج (٤) نموذج قيد التزام العميل



البنك العربي الوطني

إصدار

رقم الكفالة

في ١٩

فرع ....

قيدوا على حساب تعهدات العملاء / الفروع / البنوك مقابل كفالات

لحساب كفالات العملاء / الفروع / البنوك

البنك العربي الوطني

ك ف ٢٣ / ٨٢

نموذج (٥) : نموذج تنازل العميل عن مستحقاته من العطاء لأمر البنك مصدر خطاب الضمان

بسم الله الرحمن الرحيم

....	التاريخ: ....
....	الموافق: ....
....	الرقم: ....

بعد التحيـة:

نشير إلى عملية مناقصة ....

التي رست علينا بموجب .... والتي قدمنا

لها لصـالحكم خطـاب الضمـان الصـادر عـن البنـك العـربـي الـوطنـي فـرع ....

بـرقـم .... وتـاريـخ .... بمبلـغ ....

لـل ....

ونقرر بهذا تنازلنا بصورة باتة ونهائية وتنازلا شرعياً صحيحاً غير قابل للنقض أو الرجـوع فيـه من قبلنـا عن جميـع المبالغ المستحقة، أو التي تستحق لنا لدى دائرتكم الموقرة نتيجة لتنفيذنا هذه العملية أو أية إضافات قد تضم إليها أو تلحق بها مستقبلاً إلى البنك العربي الوطني وفقاً لهذا التنازل.

وبناء على ذلك فلم يعد من حقنا وفقاً لهذا التنازل استلام شيء مما هو مستحق حالياً أو يستحق مستقبلاً عن العملية المذكورة أعلاه بدون إذن وموافقة البنك العربي الوطني، وإننا إذ نعتبر هذا تنازلاً مطلقاً من جانبنا يعطي البنك المذكور وحده دون غيره (باعتباره متنازل له) استلام كافة المبالغ التي استحقت أو التي تستحق لنا عن هذه العملية وليس لنا حق مطالبتكم أو الرجوع عليكم في شيء من ذلك لنأمل من أن تزيدوا للبنك موافقتكم التامة على تنازلنا هذا بتعهدكم بعملية الاستحقاقات.

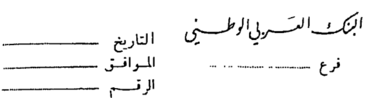
ولسعادتكم خالص تحياتنا،،،،،،

صورة مع التحية للبنك العربي الوطني

ك ف ٨٠/١٠٢

نموذج (٦) : نموذج خطاب التنازل المقدم من العميل والمرسل للمستفيد من خطاب الضمان





التاريخ ______
الموافق ______
الرقم ______

فرع ....

حضرة ____________________ المحترم

كفالتنا رقم ________ بمبلغ ____________________

المقدمة نيابة عن السادة / السيد ____________________

تحية واحتراماً :

بالإشارة لكفالتنا الموضحة اعلاه نرفق لكم طيه كتاباً من السادة المكفولين بخصوص تنازلهم المطلق لأمرنا عن جميع استحقاقاتهم عن العملية المقدمة من اجلها هذه الكفالة وعلى ان تدفع جميع هذه الاستحقاقات منارلتنا .

نرجو بعد استلامه موافاتنا بموافقتكم الخطية على هذا التنازل ونشكركم .

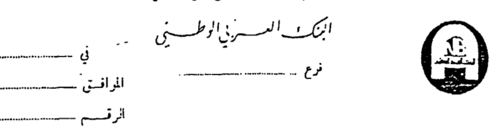
وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،،

البنك العربي الوطني

ك ف ١٠٣/٨٠

شركة مساهمة سعودية – الادارة العامة / الرياض / المملكة العربية السعودية
رأس المال المدفوع كاملا ١٥٠,٠٠٠,٠٠٠ ريال س.ت ٢٧٩١٢

نموذج (٧) : نموذج المذكرة التى ترسل إلى المستفيد فى حالة عدم استلام رده بالموافقة على قبول التنازل



حضرة .... المحترم

....

....

الموضوع :

كفالتنا رقم .... بمبلغ ريال ....

المقدمة نيابة عن السادة / السيد ....

بمناقصة ....

....

تحية واحتراماً :

بالاشارة لكتابنا رقم .... المؤرخ في ....

والمرفق طيه كتاب من السادة / السيد ....

بخصوص تنازلهم لأمرنا عن جميع استحقاقاتهم عن العملية المقدمة من اجلها كفالتنا الموضحة أعلاه وعلى ان تدفع جميع هذه الاستحقاقات مشاركتنا

نعلمكم اننا مانزال بانتظار موافاتنا بموافقتكم الخطية على ذلك ، نرجو سرعة تزويدنا بها وشكراً .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،،

البنك العربي الوطني

ك ق ١٠٤/٨٠

نموذج (٨/أ) نموذج خطاب ضمان ابتدائي

البنك العربي الوطني

الفرع

في ......

الموافق ....

الرقم ......

خطاب ضمان (خاص بالتأمين المؤقت)

سعادة ....

....

....

رقم الكفالة ....

القيمة ....

حيث ان السادة ....

قد تقدموا بعطائهم عن توريد « او مقاولة » ....

يضمن بهذا البنك العربي الوطني .... ضماناً غير مشروط بأن يدفع لكم ـ عند أول إشعار خطي منكم بالمطالبة بالدفع مبلغاً لايتجاوز ....

.... ريالا وذلك مايعادل ١ ٪ من قيمة عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة .

يسري مفعول هذا الضمان .... حتى نهاية اليوم ....

من الشهر .... من عام .... هجرية الموافق .... ويجب التقدم بأي مطالبة لدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لانظمة المملكة العربية السعودية .

المفوضون بالتوقيع

....

نموذج (٨/ب) : نموذج خطاب ضمان نهائى

البنك العربي الوطني

في ...

الموافق ...

فرع

الرقم ...

خطـاب ضمان (خـاص بالتأمين النهـائي/ سلفة)

سعـادة ...

رقم الكفالة ...

القيمـة ...

حيث انكم منحتم عملاءنا السادة ...

عقداً ...

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني/ عملاءنا المذكورين اعلاه دفع مبلغ لايتجاوز فقط ...

ريالاً وهو ما يمثل في المائة من قيمة العقد .

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لايزيد عن المبلغ المذكور اعلاه وقدره عند استلام أول إشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور اعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر ...

من عام ١٤ هجرية ، الموافق

المفوضون بالتوقيع

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .

نموذج (٨/ج) : صيغة خطاب الضمان النهائى الصادرة
عن وزارة المالية والاقتصاد الوطني

المملكة العربية السعودية

وزارة المالية والاقتصاد الوطني

خطاب ضمان (خاص بالتأمين النهائي)

المكان ....

سعادة .... الرقم ....

التاريخ ....

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة ....

عقداً ....

أوصاف وهوية المشروع ....

نضمن لهذا نحن .... عملاءنا المذكورين أعلاه دفع ....

إسم البنك المصدر ....

مبلغ لا يتجاوز .... ريالا وهو ما يمثل خمسة في المائة من قيمة العقد ....

كتابة ....

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره .... عند إستلام أول إشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقا لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان .

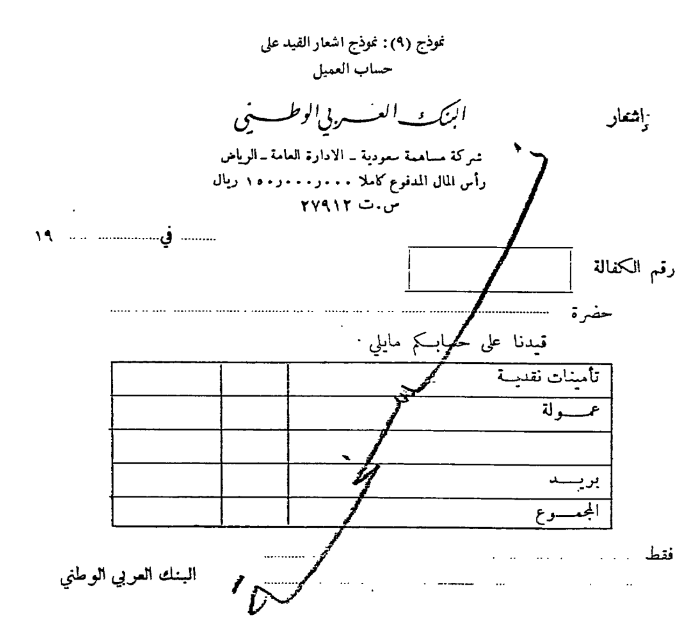
يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم .... من الشهر ....

من عام ١٣٩ هجرية.

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .

المفوضون بالتوقيع

....



نموذج (٩): نموذج اشعار القيد على حساب العميل

إشعار

البنك العربي الوطني

شركة مساهمة سعودية ـ الادارة العامة ـ الرياض

رأس المال المدفوع كاملا ١٥٠ر٠٠٠ر٠٠٠ ريال

س.ت ٢٧٩١٢

.... في ١٩

رقم الكفالة

حضرة ....

قيدنا على حسابكم مايلي ·

تأمينات نقدية		
عمولة		
بريد		
المجموع		

فقط ....

....

البنك العربي الوطني

نموذج (١٠): نموذج كشف يومي بخطابات الضمان الصادرة

البنك العربي الوطني

التاريخ

الفرع

الرقم المتسلسل للكشف (   )

كشف يومي بكفالات العملاء / الفروع / البنوك الصادرة لدينا بتاريخه

رقم	الاستحقاق	المكفول	المستفيد	الكفيل/الفرع/البنك	نسبة العمولة %	العمولة المأخوذة	نسبة التأمين %	التأمين المأخوذ	المبلغ	الغرض من اصدار الكفالة
				المجموع						

ملاحظات :

البنك العربي الوطني

٥ ١/٧٨

نموذج (١١): نموذج سجل الاستحقاق

البنك العربي الوطني

الكفالات المستحقة في ــــــــــ ١٩

التاريخ	الرقم	المكفول	لأمر	القيمة: منه	القيمة: له	القيمة: الرصيد	تاريخ التسديد

نموذج (١٢): نموذج شهادة البنك على خطاب الضمان الوارد بالبريد

البنك العربي الوطني

فرع ....

التاريخ ....

الموافق ....

الرقم ....

حضرة ....

....

بعد التحية،

خطاب الضمان رقم .... بتاريخ .... بمبلغ ....

الصادر من بنك ....

كطلب ....

بخصوص ....

نرفق لكم طيه خطاب الضمان المذكور أعلاه، وحسب المعلومات المتوفرة لدينا حالياً فإننا نؤكد ما يلي: -

أ- ان الموقعين على خطاب الضمان مخولون بذلك وتواقيعهم صحيحة وسليمة.

ب- بناء على المعلومات الواردة من البنك المصدر للكفالة في التلكس الوارد منه فإن ذلك البنك يشهد ان قيمة هذه الكفالة وجميع التسهيلات الممنوحة للشركة المكفولة فيما يتعلق بجميع أعمالها في المملكة العربية السعودية لا تزيد عن ٢٠٪ من رأس مال ذلك البنك واحتياطاته، حسب قوائم مؤسسة النقد العربي السعودي.

جـ- إن البنك الخارجي مقدم الضمان من ضمن البنوك المصرح لها بذلك من قبل مؤسسة النقد العربي السعودي. هذا واننا نرسل لكم خطاب الضمان المذكور بدون التزام من طرفنا أو أية مسؤولية علينا.

وتفضلوا بقبول فائق التحية والاحترام،

البنك العربي الوطني

فرع ....

مرفقات

نموذج ك ف ١٠٠ / ٨٠

شركة مساهمة سعودية - الادارة العامة/الرياض/المملكة العربية السعودية
رأس المال المدفوع كاملا ١٥٠,٠٠٠,٠٠٠ ريال
ص.ب ٢٧٩١٢

نموذج (١٣): نموذج شهادة البنك على خطاب الضمان بالتلكس

البنك العربي الوطني

فرع ....

التاريخ ....

الموافق ....

الرقم ....

حضرة ....

....

بعد التحية،

خطاب الضمان رقم .... بتاريخ .... بمبلغ ....

الصادر من بنك ....

كطلب ....

بخصوص ....

نرفق لكم طيه صورة / نسخة من البرقية / التلكس المتعلق بالضمان المذكور اعلاه وحسب المعلومات المتوفرة لدينا حالياً فإننا نؤكد ما يلي:

أ- ان الصورة / النسخة المرفقة هي طبق الأصل عن الأصل الوارد الينا من البنك المذكور وإن الأصل يحمل رقماً سرياً صحيحاً ومطابقاً.

ب- بناء على المعلومات الواردة من البنك المصدر للكفالة في التلكس الوارد منه فإن ذلك البنك يشهد ان قيمة هذه الكفالة وجميع التسهيلات الممنوحة للشركة المكفولة فيما يتعلق بجميع أعمالها في المملكة العربية السعودية لا تزيد عن ٢٠٪ من رأس مال ذلك البنك واحتياطياته، حسب قوائم مؤسسة النقد العربي السعودي.

جـ- ان البنك الخارجي مقدم الضمان من ضمن البنوك المصرح لها بذلك من قبل مؤسسة النقد العربي السعودي. هذا وسوف نقوم بارسال خطاب الضمان في حالة استلامنا اياه من البنك المذكور علماً باننا نرسل لكم صورة / نسخة التلكس / البرقية المرفقة بدون التزام من طرفنا أو أية مسئولية علينا.

وتفضلو بقبول فائق التحية والاحترام،

البنك العربي الوطني

فرع ....

مرفقات

نموذج ك ف ١٠١ / ٨٠

نموذج (١٤): نموذج ارفاق خطاب ضمان ومطالبة بالعمولة
من البنك طالب إصدار خطاب ضمان

ARAB NATIONAL BANK

Branch ....

Ref.............................

Date............................

To	L/G No. Ours .... Yours ....
	Amount ....

Dear Sirs,

We enclose herewith .... copy/copies of the above mentioned letter of guarantee dated .... which we have issued in favour of ....

....

in accordance with your cable/telex/mail instructions of ....

....

....

You are kindly requested to credit the following to our ....
.... account ....

....

Our commission ....

Stamps..

....

Total ....

Only (..)

Kindly acknowledge receipt on the attached copy.

Encls.

Yours faithfully

ARAB NATIONAL BANK

نموذج (١٥) خطاب ضمان نهائي بطلب من بنك أجنبي

البنك العربي الوطني

فرع البستين

في ٢٣/٣/١٩٨٦م

الموافق ....

الرقم ....

خطاب ضمان (خاص بالتأمين النهائي / مطلقة)

سعادة وزارة الصحة ..

الشؤون المالية

الرياض

رقم الكفالة ٦٠٠٠/٨٦

القيمة ١٢٠٠٠٠٠

حيث انكم منحتم عملاءنا السادة كروك / المانيا ....

عقداً لتوريد معدات صحية ....

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني فرع البستين عملاءنا المذكورين اعلاه دفع مبلغ لايتجاوز فقط مائة وعشرين ألف ريال ريال لا غير ما يقابل ٥ (خمسة) بالمائة من قيمة العقد.

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن ندفع تحت تصرفكم مبلغاً لايزيد عن المبلغ المذكور اعلاه وقدره مائة وعشرون ألف ريال فقط عند استلام أول إشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور اعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم الثالث والعشرين من الشهر السابع ..

من عام ١٤٠٧ هجرية ، الموافق ٢٣/٣/١٩٨٧م

المفوضون بالتوقيع

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية

. . . . .

نموذج (١٦): نموذج خطاب ضمان باللغة الانجليزية يرسل
إلى البنك طالب الاصدار

ARAB NATIONAL BANK

______________ 5

____

LETTER OF GUARANTEE FOR ______________

______________ L/G No. ______________

______________ ______________

____

Since you have awarded our clients Messrs ______________

____

a contract for ______________

____

We, ARAB NATIONAL BANK, hereby guarantee to pay an amount not exceeding ______________

____

being percent of the value of the contract

We hereby unconditionally guarantee to put under your disposal an amount not exceeding the abo mentioned figure which is ______________ upon receiving your first written notic according to your absolute judgment, of a failure in meeting the conditions of the above mentioned contra hereby justifying such request as per this guarantee.

The validity of this guarantee extends up to the end of the ______________ d of ______________ month of the year ______________ You should submit your request with the period of the validity of this guarantee.

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to tr regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

4 L.G 4/77 ARAB NATIONAL BANK

COPY

نموذج (١٧) نموذج طلب موجه من البنك المصدر إلى البنك طالب
إصدار خطاب الضمان لتمديد صلاحية



ARAB NATIONAL BANK

________ Branch ____________ 19____

Dear Sirs,

Our L/G No.____________ For____________

On behalf of______________________

Beneficiaries request payment of the above- mentioned Guarantee unless it is extended until____________________

Kindly hold the amount at our disposal until further notice or authorize us to extend the Letter of Guarantee as requested by Beneficiaries.

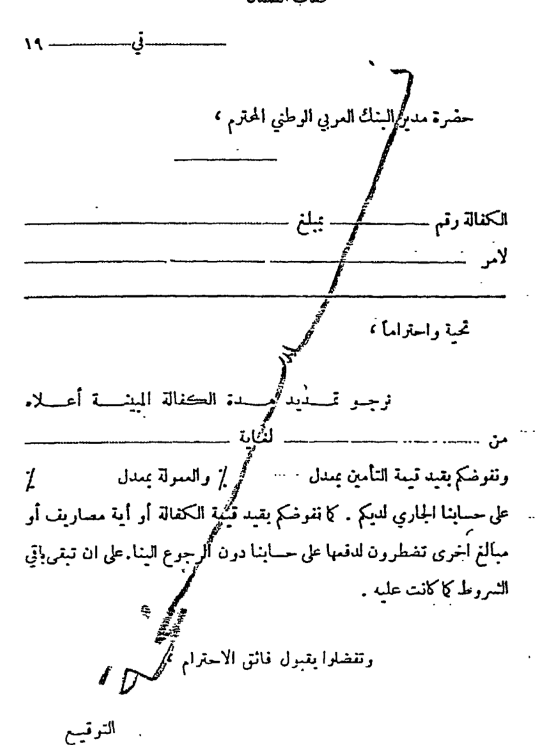
Yours faithfully

Form LG/33

ARAB NATIONAL BANK

S. S. C. - General Management - Riyadh, Saudi Arabia - C. R. 77312 Paid up Capital S. R. 150 Million

نموذج (١٨/أ) : نموذج طلب العميل لتمديد صلاحية
خطاب الضمان



________ في ________ ١٩

حضرة مدير البنك العربي الوطني المحترم ،
____

الكفالة رقم ________ بمبلغ ________________
لامر ________________________________
____

تحية واحتراماً ،

نرجو تمديد مدة الكفالة المبينة أعلاه
من .... لغاية ________________
ونفوضكم بقيد قيمة التأمين بمعدل ...... ٪ والعمولة بمعدل ٪
على حسابنا الجاري لديكم . كما نفوضكم بقيد قيمة الكفالة أو أية مصاريف أو مبالغ أخرى تضطرون لدفعها على حسابنا دون الرجوع الينا. على ان تبقى باقي الشروط كما كانت عليه .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،

التوقيع

نموذج (١٨ / ب) نموذج خطاب تمديد أجل خطاب الضمان موجه من المستفيد

المملكة العربية السعودية
وزارة ....
إدارة المشتريات

الرقم ....
التاريخ ....
المشفوعات ....

المكرم مدير بنك .... المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تشير إلى خطاب الضمان رقم .... وتاريخ / / ١٤هـ الخاص بضمانكم .... بمبلغ .... ريال بمعدل .... ٪ من قيمة عطائكم لمنافسة .... والذي ينتهي مفعوله بتاريخ / / ١٤هـ وحيث أن الوزارة لم تنته من دراسة المنافسة حتى تاريخ .... لذا نود منكم إعتماد تمديد أجل خطاب الضمان المشار إليه حتى / / ١٤هـ علما بأنه في حالة عدم تلقينا إشعارا منكم بالتمديد في خلال مدة .... أيام من تاريخ إنتهائه فسوف نعتبره محجوزا لصالح الوزارة، مع الإشارة لقيد الضمان لدينا رقم (..................)

ودمتم ...،،،

مدير عام الشئون الإدارية والمالية

الإسم : ....

التوقيع : ....

نموذج (١٩): نموذج تمديد صلاحية خطاب ضمان

البنك العربي الوطني

في ....
الموافق ١٩
الرقم ....

السيد/السادة ....

....

كفالتنا رقم .... الصادرة بتاريخ .... بمبلغ ....

المقدمة من قبلنا باسم السيد/السادة ....

والعائدة لـ ....

تحية واحتراماً،

نشير إلى الكفالة المذكورة أعلاه، ونود إعلامكم بأننا قد أجرينا عليها التعديلات التالية:

....

....

....

....

....

....

على أن تبقى جميع الشروط الاخرى بدون تغير.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام،

البنك العربي الوطني

ك ف- ٧٧/٧

شركة مساهمة سعودية - الادارة العامة/الرياض/المملكة العربية السعودية
رأس المال المدفوع كاملا ١٥٠,٠٠٠,٠٠٠ ريال
س.ت ٢٧٩١٢

البنك العربي الوطني

نموذج (٢٠) : نموذج كشف يومي بخطابات الضمان التى تم تمديدها بتاريخه

.... في ....

الفـــرع

كشف بالكفـــالات التي تم تمديدها بتاريخه

الرقم المتسلسل للكشف :

رقم الكفالة	طالب الاصدار	المستفيد	العمولة	القيمـــة		التمـــديد من	الى	مـــلاحظات
المجمــوع								

ك ف ١٠٦/٨٠

البنك العربي الوطني

نموذج (٢١): نموذج قيد قيمة خطاب الضمان
المخفضة لحساب العميل

البنك العربي الوطني

تمـديد

رقم الكفالة ☐

.... في ١٩

فــرع ....

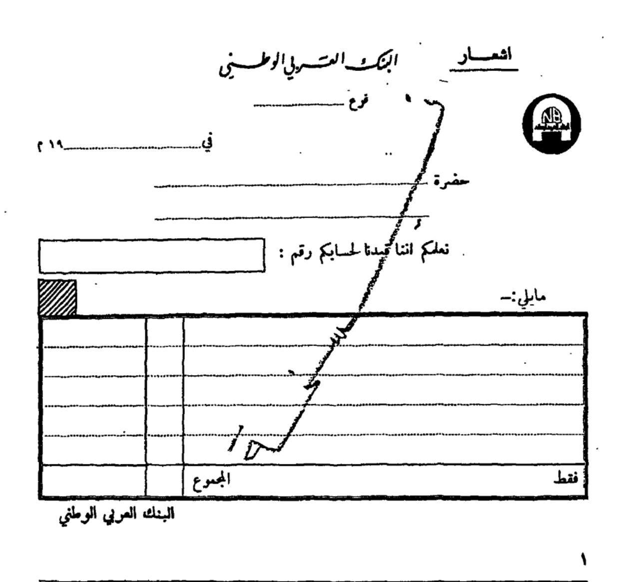
قيدوا على حسـاب كفالات العملاء / الفروع / البنوك

لحساب تعهدات العملاء / الفروع / البنوك مقابل كفالات

ك ف ٢٤ / ٨٢

البنك العربي الوطني

نموذج (٢٢): نموذج إشعار بقيد
لحساب العميل


اشعار
البنك العربي الوطني
فرع ....
في .... ١٩ م
حضرة ....
....
نعلمكم اننا قيدنا لحسابكم رقم :
مايلي :-

فقط	المجموع		

البنك العربي الوطني

١

شركة ساهمة سعودية — الادارة العامة – الرياض – المملكة العربية السعودية — سجل تجاري ٢٧٩١٣
رأس المال المدفوع والاحتياطي ٠٠٠ر٠٠٠ر٨٥٠ ريال سعودي

نموذج (٢٣) : نموذج كشف يومي بخطابات الضمان المنخفضة أو الملغاة بتاريخه

البنك العربي الوطني

فرع ....

التاريخ ..

كشف بالكفالات الملغاة والمخفضة لدينا بتاريخه .

رقم الكفالة	تاريخ الاستحقاق	اسم المكفول	الإجراء	التأمين	القيمة	ملاحظات
			المجموع			

لا ف ٠٠١/٨٠

البنك العربي الوطني

نموذج (٢٤): نموذج كشف شهري بخطابات الضمان المدفوعة أو المقام بها قضايا

البنك العربي الوطني

فرع ....

في

كشف بالكفالات المدفوعة أو المقام بها قضايا لنهاية ١٩

الرقم المسلسل	الاسم	الضمان	رقم الكفالة	المبلغ	التأمين	المبلغ المدفوع		المصاريف والرسوم		المحصل خلال الشهر		الرصيد المطلوب		تاريخ الدعوى	قرار المحكمة
			المجموع												

نموذج طلب الإفراج عن ضمان

المملكة العربية السعودية		الرقم : ....

وزارة		التاريخ : ....

إدارة المشتريات		المشفوعات : ....

عدد	رقم الضمان	تاريخه	المبلغ		مقدم من	نسبة الضمان	نوع العملة
				ريال		%	
١							
٢							
٣							
٤							
٥							
٦							
٧							

المكرم مدير بنك .... المحترم

السلام عليكم ورحمة الله و بركاته و بعد :

نعيد لكم طيه الضمان الموضح أعلاه ولانتهاء الغرض منه نأمل الإفراج عنه شاكرين لكم صادق تعاونكم معنا ودمتم ،،

مدير الشؤون الإدارية والمالية

الاسم : ....

التوقيع : ....

قائمة المراجع

١ ـ الأنظمة والقوانين

- نظام المحكمة التجارية الصادر بموجب الأمر السامي بالموافقة على هذا النظام برقم ٢٣ وتاريخ ١٥ محرم الحرام ١٣٥٠هـ.
- نظام الجمارك الصادر بموجب الموافقة العالية عليه برقم ٤٢٥ وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥هـ. ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية والاقتصاد الوطني.
- نظام الأوراق التجارية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ.
- نظام مراقبة البنوك الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ.
- نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ واللائحة التنفيذية له الصادرة بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/٢١٣١ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ.
- تعميم مؤسسة النقد العربي السعودى رقم م/أ/٢٩١ وتاريخ ١٣٩٩/٩/١٩هـ الموافق ١٩٧٩/٨/١٢م والمتعلق بالتعرفة البنكية.
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادر بموجب الأمر المؤرخ فى ١٥ ديسمبر ١٩٠٦م.
- المجلة التجارية التونسية الصادرة بموجب القانون عدد ١٢٩ وتاريخ ٢ ربيع الثاني ١٣٧٩هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٥٩م.
- مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بقانون مدده لسنة ١٩٦٥م.
- الأمر التونسي عدد ٧٤ ـ ٧٥٤ وتاريخ ٢٧ جويلية ١٩٧٤م المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمنقح بموجب الأمر عدد ٨١ ـ ١٠٥٦ وتاريخ ١٢ أوت ١٩٨١م، والقراران التطبيقيان بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٤م و ٤ جانفي ١٩٨٢م.
- القانون التونسي عدد ٧٣ ـ ٨٥ وتاريخ ٢٠ جويلية ١٩٨٥م والمتعلق بصفات المؤسسات العمومية ذات الصيغة التجارية والشركات التى تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية فى رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

- الأمـر الـتونسي عـدد ١٠٣٦ وتـاريـخ أول سـبتمبر ١٩٨٥م والمتعلق بالصفقات التى تبرمها المؤسـسـات ذات الـصـيـغة الصناعية والتجارية والشركات التى تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية فى رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة.
- التقنين المدني المصري لسنة ١٩٤٩م والمعمول به من ١٥ جانفي ١٩٤٩م.
- قانون الجمارك المصري الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م.
- الـتـقـنين المـدنـي الـكـو يـتـي الصادر بموجب مرسوم بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٨٠ و بتاريخ ٢٢ ذوالحجة ١٤٠٠هـ الموافق أول أكتوبر ١٩٨٠م والمعمول به ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨٠م.
- قـانـون الـتـجـارة الـكـو يـتـي الـصـادر بموجب مرسوم بالقانون رقم ٦٨ وتاريخ ٦ ذي الحجة ١٤٠٠هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٨٠م.
- قـانـون الـتـجـارة الـعـراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بتاريخ ١٩٨٤/٣/١٥م - دار الحرية للطباعة بغداد - ١٤٠٤هـ - ١٩م.
- التقنين المدني الفرنسي: (code civil francais).
- الأمر الفرنسي بتاريخ ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥م الموحد لقانون الشيك:

- Decret francais endote du 30 octobre 1935 Unifiant li droit en matiere ole cheque.

- القانون الفرنسي بتاريخ ٢٨ فيفوي ١٩٤١م المتعلق باعتماد الشيك.

Loi francaise du 28 fevrier 1941 relotive ola certification du cheque.

- المجلة العامة للأداءات الفرنسية

Code General des Impots francais.

- المجلة الجمركية الفرنسية

Code des olouanes francais.

٢ ـ المراجع العربية

- أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : **خطابات الضمان والكفالات المصرفية**، مقال فى كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس، القاهرة ١٩٦١م، الجزء الخاص.
- ادوارد عيد : **الأسناد التجارية**، مطبعة النجوى، بيروت، ١٩٦٧م.
- أنور حبيب : حجز ما للمدين لدى الغير: محاضرات نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر، السنة الدراسية الثامنة، ١٩٦٢م.
- التقارير السنوية لمؤسسة النقد العربي السعودى.
- راغب حبشي : **خطابات الضمان**، محاضرات نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر، السنة الدراسية السادسة، ١٩٦٠م.
- سميحة القليوبي : **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير**، مجلة القانون والاقتصاد، مارس ـ يونيو ١٩٧٢م، العددان الأول والثاني.
- سمير اسماعيل : **الاعتبار الشخصي فى التعاقد**، رسالة دكتوراه منسوخة، قدمت إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ونوقشت بتاريخ ٣١ جويلية ١٩٧٥م.
- عبدالرحمن الجزيري : **الجزء الثاني من كتاب، فى الفقه على المذاهب الأربعة**، قسم المعاملات، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الخامسة.
- عبدالرزاق السنهوري : **الوسيط فى شرح القانون المدني**، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء ٣، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٨م.
- عبدالرزاق السنهوري : **الوجيز فى شرح القانون المدني**، نظرية الإلتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، ١٩٦٦م.
- عبدالعزيز خليل بديوي : **القضاء فى الإسلام وحماية الحقوق**، دار الفكر العربي ١٩٨٠م.
- عبدالفتاح عبد الباقي : **موسوعة القانون المدني المصري**، نظرية العقد والإدارة المنفردة، دراسة معمقة مقارنة بالفقة الاسلامي، ١٩٨٤م.

- عبدالمنعم حسني: **الحجز الاداري علما وعملا**، ١٩٦٧ - ١٩٦٨م.
- علي البارودي: **العقود وعمليات البنوك التجارية**، منشأة المعارف بالاسكندرية.
- علي البكري: **مذكرة منسوخة عن الكفالات البنكية**، دائرة التدريب للبنك العربي الوطني.
- علي جمال الدين عوض: **تعليق بعنوان النظام القانوني لخطابات الضمان، المحاماه، السنة ٤٠، ص ١٧١٠.**
- **علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، دار النهضة العربية، ١٩٨١م.
- عيسى عبده: **العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة**، بحث مقدم للمؤتمر الاسلامي المنعقد بمدينة الرياض في ذي الحجة ١٣٩٦هـ نوفمبر ١٩٧٦م، بدعوة من جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، القاهرة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- فاروق عبدالله معوض: **دليل أعمال الشراء في الأجهزة الحكومية بالمملكة العربية السعودية**، معهد الادارة العامة، ١٤٠٥هـ.
- فتحي والي: **التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة**، دار النهضة العربية ١٩٧١م.
- محمد بربري: **خطابات الضمان**، محاضرة نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر، السنة الدراسية السابعة، ١٩٦١م.
- محمد حسني عباس: **عمليات البنوك**، ١٩٦٨م.
- محمود جمال الدين زكي: **التأمينات الشخصية والعينية**، القاهرة ١٩٧٩م.
- نبيل إبراهيم سعد: **التأمينات العينية والشخصية**، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢م.
- وهبه الزحيلي: **الفقه الاسلامي وأدلته**، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م.

٣ ـ المراجع الأجنبية

- Azoulai . L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, la tendance à la stablitié du rapport contractuel, Paris 1960.
- Boudinot : Techniques bancaires et commerciales, 1967.
- H. Cabrillac, Enc. Dalloz, Droit Commercial, terme chéque.
- H. et. M. Cabrillac : le chèque et le virement, 4e Edition.
- Carbonnier : droit civil, les obligations, 6e Edition, 1966.
- De Juglart et Ippolito : Traité de droit Commercial. T1.
- Ferroniére : opérations de banque, 1963.
- Gavalda et Stoufflet : droit de la banque, 1973.
- Gavalda et Stoufflet : La lettre de garantie internationale, Rev. Trim. de dr. com. et de dr. Eco. 1980, p. 3.
- Ghestin : Traité de droit civil : le contrat, 1980.
- Hamel : Traité de droit commercial.
- Jauffret, observations, Rev. Trim. droit com. 1967.
- Marty et Raynaud : droit civil, tome 2, 1er volume, 1962.
- Maury : Rep. civ., Dalloz, 2e Ed., Voir cause.
- H. J. L. Mazeaud : Leçons de droit civil, T2, Sûretés et publicité foncière, 5e Ed, 1977.
- H. J. L. Mazeaud : Leçons de droit civil, T2, 1er volume, obligations, Théorie générale, 1978.
- Rep. Com., Dalloz, voir crédit documentaire.
- Ripert : Traité élémentaire de droit commercial, par Roblot, 1968.
- Rouast : Compte rendu sur l'ouvrage de Capitant sur la cause, Rev. Trim. dr. civ 1923, p. 395.
- Tendler : le cautionnement, reine éphémère des sûretés, D. 1981, p. 124.
- Vasseur : Notes in D 1981 p. 339, p. 392, p. 485 et in D. 1982 p. 298.
- Weill : droit civil, les sûretés, la publicité fonciére, 1970.
- Weill et Terré : Droit civil, les obligations, 1980.

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة
د ـ خطابات ضمان لتغطية التزامات بعض الأشخاص أو المؤسسات من موزعين أو تجار.	٦٨
ثالثا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث موطن البنك المصدر.	٦٨
١ ـ خطابات الضمان الصادرة عن بنوك محلية.	٦٨
٢ ـ خطابات الضمان الصادرة عن البنوك الأجنبية.	٦٩
رابعا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث عدد البنوك المصدرة.	٧٠
١ ـ خطابات الضمان الصادرة عن بنك واحد.	٧٠
٢ ـ خطابات الضمان الصادرة عن عدة بنوك: وتعرف باسم كفالات المشاركة.	٧٠
خامسا ـ تقسيم خطابات الضمان من حيث الجهة المصدرة.	٧١
١ ـ خطابات الضمان الصادرة عن بنك.	٧١
٢ ـ خطابات الضمان الصادرة عن شركة تأمين.	٧١
الفصل الثاني: الأحكام الشكلية فى خطابات الضمان.	٧٧
المبحث الأول: الاجراءات الشكلية لاصدار خطابات الضمان.	٧٨
الفرع الأول: الاجراءات الشكلية لاصدار خطابات الضمان بطلب من العميل لدى بنك محلي.	٧٨

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
- نموذج (١٧): نموذج طلب موجه من البنك المصدر إلى البنك الأجنبى طالب إصدار خطاب الضمان لتمديد صلاحيته، الصادر عن البنك العربي الوطني.	١٩٥
- نموذج (١٨/أ): نموذج طلب العميل لتمديد صلاحية خطاب الضمان الصادر عن البنك العربي الوطني.	١٩٦
- نموذج (١٨/ب): نموذج خطاب تمديد أجل خطاب الضمان موجه من المستفيد، الصادر عن وزارة المالية والاقتصاد الوطني.	١٩٧
- نموذج (١٩): نموذج تمديد صلاحية خطاب ضمان، الصادر عن البنك العربي الوطني.	١٩٨
- نموذج (٢٠): نموذج كشف يومي بخطابات الضمان التى تم تمديدها بتاريخه، الصادر عن البنك العربي الوطني.	١٩٩
- نموذج (٢١): نموذج قيمة خطاب الضمان المخفضة لحساب العميل، الصادر عن البنك العربي الوطني.	٢٠٠
- نموذج (٢٢): نموذج اشعار بقيد لحساب العميل، الصادر عن البنك العربي الوطني.	٢٠١
- نموذج (٢٣): نموذج كشف يومي بخطابات الضمان المخفضة أو الملغاة بتاريخه، الصادر عن البنك العربي الوطني.	٢٠٢
- نموذج (٢٤): نموذج كشف شهرى بخطابات الضمان المدفوعة أو المقام بها قضايا، الصادر عن البنك العربي الوطني.	٢٠٣
- نموذج (٢٥): نموذج طلب الافراج عن ضمان، الصادر عن وزارة المالية والاقتصاد الوطني.	٢٠٤

السعر عشر ريالات


طبعت
بمطابع
معهد الإدارة العامة
١٤٠٨هـ


معهد الإدارة العامة
١٤٠٨هـ